

Stockwerkeigentum im zürcherischen Zivilprozess – Ausgewählte Fragen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
URS BRETSCHGER
von Stäfa ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

¹⁹⁰⁷
Zürich 1988

Zentralstelle der Studentenschaft



Stockwerkeigentum im zürcherischen Zivilprozess – Ausgewählte Fragen

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
URS BRETSCGER
von Stäfa ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Zürich 1988
Zentralstelle der Studentenschaft

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

*Meinen Eltern,
Marianne und Beatrice*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung

§ 2 Stockwerkeigentum zwischen Allein- und Miteigentum

1. Alleineigentum	3
1.1. Begriff, Inhalt und Bedeutung des Eigentums	3
1.2. Schrankenimmanenz bei Grundeigentum	6
2. Miteigentum	8
2.1. Begriff und Inhalt	8
2.2. Rechtszuständigkeit	9
2.3. Gemeinschaftsbezogenes Verständnis	11

§ 3 Rechtliche Konstruktion des Stockwerkeigentums im ZGB

1. Sachenrechtliche Grundprinzipien	12
1.1. "Numerus clausus" der Sachenrechte	12
1.2. Akzessionsprinzip	13
2. Stockwerkeigentum als qualifiziertes Miteigentum	14
3. Problematische Lokalisierung	16

§ 4 Rechtliche Beziehungen zur Sache; Rechtssubjekte

1. Sonderrecht	18
1.1. Wesen	18
1.2. Inhalt	19
1.2.1. Objekt	19
1.2.2. Beinhaltete Rechte und Pflichten	20
2. Sondernutzungsrecht	23
2.1. Allgemeines	23
2.2. Wesen und Funktion	24
2.3. Objekt und Begründung	26
3. Weitere Berechtigungen	29

§ 5 Partei- und Prozessfähigkeit

1. Prozessvoraussetzungen (im allgemeinen)	30
1.1. Begriff und Funktion	30
1.2. Arten	31
1.3. Prüfungskompetenz	32
1.4. Konsequenz eines Mangels	33
2. Rechts- und Handlungsfähigkeit, insbesondere der Stockwerkeigen- tümergemeinschaft	34
2.1. Einleitung	34
2.2. Handlungsfähigkeit im allgemeinen	34
2.2.1. Begriff	34
2.2.2. Inhalt und Funktion	35
2.3. Rechtsfähigkeit im allgemeinen	36
2.4. Gegenseitiges Verhältnis	37
2.5. Stufenfolge der Personenverbindungen	38
2.6. Rechts- und Handlungsfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft	39
2.6.1. Gesetzliche Regelung	39
2.6.2. Verwaltungsgemeinschaft und "juristische Person"	40
2.6.3. Punktueller Vergleich mit der Kollektivgesellschaft	42
2.6.4. Die Teil-Rechtsfähigkeit	45
2.6.5. Fazit	46
3. Partei- und Prozessfähigkeit	48
3.1. Der Parteibegriff	48
3.2. Partei- und Rechtsfähigkeit	48
3.3. Prozess- und Handlungsfähigkeit	50
3.4. Abgrenzungen	52
3.4.1. Sachlegitimation	52
3.4.2. Prozessführungsbefugnis und Postulationsfähigkeit	53
4. Partei- und Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft	55
4.1. Gemeinschaftliche Verwaltung	55
4.1.1. Einleitung	55
4.1.2. BGE 109 II 423 ff.	56
4.1.3. Der "traditionelle" Verwaltungsbegriff	58
4.1.4. Bedeutung des Verwaltungsbegriffs	60
4.2. Verwaltungsvermögen und -tätigkeit	61
4.2.1. Gesetzliche Regelung und ihre Anwendung	61
4.2.1.1. Ausgangslage	61
4.2.1.2. Lehre und Rechtsprechung	62
4.2.2. Gewährleistungsansprüche und Sachlegitimation	66
4.2.3. Abtretbarkeit der Gewährleistungsrechte	67
4.2.4. Fazit	72

5. Prozessunfähigkeit	73
5.1. Allgemeine Regelung: Der Mangel und seine Behebung	73
5.2. Problemstellung im Falle der Stockwerkeigentümergeinschaft	73
5.3. Beginn und Ende der Prozessfähigkeit der Gemeinschaft	74
5.3.1. Begründung von Stockwerkeigentum	74
5.3.2. Entstehung der Gemeinschaft	74
5.3.2.1. Eigene Rechtspersönlichkeit	74
5.3.2.2. Die Einmann-Gemeinschaft	76
5.3.3. Aufhebung der Gemeinschaft	78
5.3.3.1. Aufhebung des Stockwerkeigentums	78
5.3.3.2. Übergang von Rechten und Pflichten	78
5.4. Prozessunfähigkeit der Gemeinschaft	78
5.4.1. Streitgegenstand ausserhalb der Verwaltungstätigkeit	79
5.4.2. Mangel der Gemeinschaft selbst	79
5.4.2.1. Einleitung	79
5.4.2.2. Verwalter, Versammlung und Handlungsfähigkeit	79
5.4.2.3. Verwalter, Versammlung und Prozessfähigkeit	81
5.4.3. Folgen	82

§ 6 Zuständigkeiten

1. Allgemeines	85
1.1. Begriff	85
1.2. Arten	85
1.3. Kompetenz-Kompetenz und Bedeutung der Unzuständigkeit	86
2. Örtliche Zuständigkeit	88
2.1. Begriff und Arten	88
2.2. Prorogation und vorbehaltlose Einlassung	89
2.3. Bedeutung im Stockwerkeigentumsrecht	91
2.3.1. Gemeinschaft	91
2.3.1.1. Allgemeines	91
2.3.1.2. Innenverhältnis	91
2.3.1.3. Ausserverhältnis	93
2.3.2. Stockwerkeigentümer	95
3. Sachliche Zuständigkeit	96
3.1. Begriff und Bestimmung	96
3.2. Bedeutung im Stockwerkeigentumsrecht	96

§ 7 Nebenintervention

1. Allgemeines	98
1.1. Begriff und Bedeutung	98
1.2. Voraussetzungen	99
1.3. Verhältnis des Nebenintervenienten zur unterstützten Partei und zum Prozess	101
2. Nebenintervention des Stockwerkeigentümers	102
2.1. Zugunsten der Gemeinschaft	102
2.1.1. Allgemeines	102
2.1.2. Prozess gegen Dritte	103
2.1.3. Prozess gegen andere Gemeinschaftler	105
2.2. Zugunsten anderer Stockwerkeigentümer	106
2.2.1. Allgemeines	106
2.2.2. Prozess gegen die Gemeinschaft	107

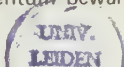
Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
a.M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BBl.	(schweizerisches) Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Schweiz)
BGH, BGHZ	Bundesgerichtshof (Deutschland), Entscheid des BGH
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BR	Baurecht; Mitteilungen des Seminars für Schweizerisches Baurecht (Freiburg)
BV	Bundesverfassung vom 29.5.1874
BZP	BG über den Zivilprozess vom 4.12.1947
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
Einl.	Einleitung
evtl.	eventuell
f., ff.	folgende
GBV	Grundbuchverordnung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
hrsg. v.	herausgegeben von
i.d.R.	in der Regel
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht (Schweiz)

Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden (Chur)
Regl.	Reglement
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannt
SPR	Schweizerische Privatrechte, hrsg. v. Max Gutzwiller, (...), Basel und Stuttgart (Frankfurt a. Main)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZbJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZivK	Zivilkammer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Zürcherische Rechtsprechung
ZSR (NF)	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Fassung)
z.T.	zum Teil
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Literaturverzeichnis

- Badertscher, Beat: Der Ausschluss aus dem Verein nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch; Diss. Zürich 1980.
- Bärmann, Johannes: Theorie und Praxis des Wohnungseigentums; SJZ 56 (1960), S. 113 ff. (zit. Theorie und Praxis).
- Bärmann, Johannes / Pick, Eckhart / Merle, Wolfram: Kommentar über das Wohnungseigentumsgesetz, 5. A., München 1983 (zit. Bärmann/Pick/Merle).
- Bischofberger, Walter: Parteiwechsel im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und zürcherischen Zivilprozessrechts; Diss. Zürich 1973.
- Blomeyer, Arwed: Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren; Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Abt. Rechtswissenschaft; Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des ZGB (Miteigentum und Stockwerkeigentum), 7.12.1962; BBl 1962 II S. 1461 ff. (zit. Botschaft).
- Brändli, Max: Die sachliche Zuständigkeit der aargauischen Zivilgerichte; Diss. Basel 1984.
- Briner, Robert G.: Das Rechtsmittel Dritter in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen; Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 42, Zürich 1979.
- Bucher, Eugen: Berner Kommentar zum Personenrecht, Band I, 2. Abteilung, 1. Teilband zu Art. 11–26 ZGB; Bern 1976.
- Deckert, Wolf-Dietrich: Die Eigentumswohnung: Erwerb, Belastung, Veräusserung, etc.; München 1981 (zit. Recht und Praxis).
- Deschenaux, Henri: Der Einleitungstitel; SPR Bd. II, Basel und Stuttgart 1967, S. 1 ff.
- Egger, August: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1–89, 2. A. Zürich 1930.
- Ermann, Walter: Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch; 7. A., Münster 1981.
- Fabricius, Fritz: Relativität der Rechtsfähigkeit; München und Berlin, 1963.
- Frei Hansjörg: Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer; Diss. Zürich 1970.
- Frei Hans-Jürg: Die selbständige und unselbständige Nebenintervention im Schweizerischen Zivilprozess (...); Diss. Basel 1949 (zit. Nebenintervention).
- Friedrich, Hans-Peter: Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer; 2. A., Bern 1972 (zit. Regl.).
- Hat sich das Stockwerkeigentum bewährt? ZBGR 67 (1986), S. 65 ff. (zit. Bewährung).



- Zur rechtlichen Konstruktion des Stockwerkeigentums; Festgabe für Max Gerwig, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 55, 1960 S. 13 ff.
- Die Mieter-Aktiengesellschaft als Ersatz für Stockwerkeigentum; SAG 33 (1960) S. 41 ff.

Gauch, Peter: Der Werkvertrag, 3. A., Zürich 1985.

- Die Abtretung der werkvertraglichen Mängelrechte; in BR 1984, Heft 2, S. 23 ff. (zit. Abtretung)

Gauthier, Jean: Copropriété par étages et malfaçons; Mélanges Guy Flattet, S. 227 ff., Lausanne 1984.

Geiger, Jürg: Streitgenossenschaft und Nebenintervention unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozessrechts; Diss. Zürich 1969.

Grossen, Jacques-Michel: Das Recht der Einzelpersonen; SPR Bd. II, Basel und Stuttgart 1967, S. 285 ff.

Grossen, Jacques-Michel: La qualité pour exercer l'action en garantie en raison de défauts de la chose vendue ou de l'ouvrage sous le régime français et sous le régime suisse de la copropriété par étages; Mélanges Guy Flattet, S. 275 ff., Lausanne 1984.

Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht; 3. A., Zürich 1979.

Gutzwiller, Max: Verbandspersonen, Grundsätzliches; SPR Bd. II, Basel und Stuttgart 1967, S. 425 ff.

Haab, Robert / Simonius, August / Scherrer, Werner / Zobl, Dieter: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum Art. 641 bis 729; 2. A. Zürich 1977 (zit. Haab).

Henckel, Wolfram: Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess; Heidelberger Rechtswissenschaftliche Schriften, Heidelberg 1961.

Hess, Urs: Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV in der heutigen Rechtswirklichkeit; Diss. Zürich 1980.

Hindermann, Walter E.: Leitfaden zu Baurecht und Stockwerkeigentum; Glattbrugg, 3. A. 1975.

Holenstein, Peter: Die prozessuale Stellung des gesetzlich über Drittrechte Verfügungsberechtigten; Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Bd. 17, 1976.

Kistler, Ernst W.: Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Klagen aus dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht; Diss. Zürich 1980.

Kummer, Max: Grundriss des Zivilprozessrechts; 4. A. Bern 1984.

Lemp, Paul: Berner Kommentar zum Zivilrecht, Bd. II, Das Familienrecht, 1. Abteilung, 2. Halbbd. Art. 159–251 ZGB; 3. A. Bern 1963.

Liebmann, Enrico: Urteilswirkungen und Rechtskraft; ZZZ, Bd. 91 (1978) Heft 4, S. 449 ff.

Liver, Peter: Das Eigentum; SPR Bd. V/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 1 ff.

- Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums; Gedächtnisschrift L. Marxer, Zürich 1963, S. 143 ff. (zit. Marxer).

Lüthi, Andreas: Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht; Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Bd. 68, Zürich 1986.

Meier-Hayoz, Arthur: Berner Kommentar Bd. IV, Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum; 1. Teilband, Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB; 5. A. Bern 1981.

- Vom Wesen des Eigentums, in Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Oftinger, S. 171 ff.; 1969 (zit. Wesen).
- Die Eigentumsordnung; ZSR NF 97 (1978), 1. Halbband S. 313 ff. (zit. Ordnung).
- Die Schranken des Grundeigentums; ZSR 38 (1957), S. 257 ff. (zit. Schranken).

Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter: Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts; 4. A. Bern 1981.

Mengiardi, Reto: Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten; Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 415, Bern 1972.

Müller, Christoph: Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer; Diss. Zürich 1973.

Müller, Kurt: Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum; Diss. Bern 1965.

Müller-Freienfels, Wolfram: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft; Tübingen 1955.

Ottiker, Moritz: Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum; Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 416, Bern 1972.

Ottomann, Rudolf: Die Aktiengesellschaft als Partei im schweizerischen Zivilprozess; Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Bd. 21, Zürich 1976.

Pedrazzini, Mario M.: Grundriss des Personenrechts; Bern 1982.

Reich, Werner A.: Partei- und Prozessfähigkeit und die Folgen ihres Mangels; Diss. Zürich 1941.

Rey, Heinz: Strukturen des Stockwerkeigentums; ZSR NF 99 (1980), S. 249 ff. (zit. Strukturen).

- Dynamisiertes Eigentum; ZSR NF 96 (1977) I, 65 ff. (zit. Eigentum).
- Baumängel bei Stockwerkeigentum, Urteilsanmerkung zu BGE 106II 11ff.; in "recht" 2/1984 S. 64 ff. (zit. Baumängel).

Riemer, Hans Michael: Bundesgerichtspraxis zum Personenrecht des ZGB; Bern 1979 (zit. BGer-Praxis).

- Die Anwendung des Vereinsrechts auf die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer; ZBGR 56 (1975) Heft 5, S. 257 ff.

Rittner, Fritz: Rechtsperson und juristische Person — einige Gedanken; Festschrift Meier-Hayoz, Bern 1982.

Romang, Werner: Stockwerkeigentum, Haus- und Grundbesitz in Recht und Praxis; Zürich, aktualisierter Stand Okt. 1986.

Schneider, Benno: Das Schweizerische Miteigentumsrecht; Diss. Bern 1973.

Schuhmacher, Rainer: Das Bauhandwerkerpfandrecht, Systematische Darstellung der Praxis; 2. A. Zürich 1982.

Staelin, Ernst: Die Nebenparteien im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Aargau und Solothurn; Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Bd. 2, Basel und Frankfurt a.M., 1981.

Stolz, August: Der Grundeigentümer im Zivilprozess; Diss. Zürich 1978.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch; 10. A. Zürich 1986.

Vogel, Hans: Die Streitverkündung im Schweizerischen Zivilprozessrecht; Diss. Zürich 1922 (zit. Streitverkündung).

Vogel, Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts; Bern 1984.

Walder-Bohner, Hans Ulrich: Zivilprozessrecht, nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen; 3. A. Zürich 1983.

- Prozess erledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht; Zürich 1966 (zit. Prozess erledigung).

Weber, Rolf H.: Zur Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft, SJZ 75 (1979), S. 117 ff. (zit. Prozessfähigkeit).

- Stockwerkeigentümergeinschaft: Praktische Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung; Schweizerische Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 41; Zürich 1979.

- Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum, ZBGR 41 (1960), 144 ff. (zit. Minderheitenschutz).

- Gewährleistungsansprüche beim Stockwerkeigentum; BR 1985 Heft 4, S. 67 ff. (zit. Gewährleistung).

Weitnauer, Hermann: Wohnungseigentumsrecht; Kommentar über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht; 6. A. München 1982.

Zierl, Hans Peter: Zur Rechts- und Parteifähigkeit im allgemeinen Verwaltungsverfahren; Österreichische Juristenzeitung, 39. Jg. (1984), Heft 5, S. 113 ff.

§ 1 EINLEITUNG

Es sind seit der bundesrechtlichen Neueinführung des Stockwerkeigentumsrechts 1965 nunmehr über 20 Jahre vergangen, und das neugeschaffene Rechtsinstitut hat sich mittlerweile einen festen Platz im Bereich des Grundeigentums erkämpft und gesichert. Diese Etablierung des Stockwerkeigentums erfolgte der wiederholt geäußerten Feststellung zum Trotz, die Schweizer seien ein eigentliches Volk von (zufriedenen) Mietern, für welches der Wunsch, Wohneigentum zu erwerben, keineswegs erste Priorität darstelle¹.

Obwohl die "Eigentumswohnung" heute für jedermann ein Begriff ist, hat aber die Tatsache, dass Stockwerkeigentum eine bloss Weiterentwicklung des Miteigentums und nicht des Alleineigentums darstellt, im allgemeinen Rechtsverständnis noch zu wenig Eingang gefunden. Doch nie darf vergessen werden, dass der Stockwerkeigentümer im Vergleich zum Mieter infolge seiner dinglichen gegenüber dessen bloss obligatorischer Berechtigung zwar im Vorteil ist, die Einbettung in eine gesetzlich vorgeschriebene Gemeinschaft andererseits jedoch auch die Rechtsstellung des Stockwerkeigentümers massgeblich mitbestimmt und einschränkt. Diese Einengung des Stockwerkeigentümers mag mit einen Grund dafür darstellen, dass das Stockwerkeigentumsrecht trotz aller Erfolge nicht ganz diejenige Rolle spielt, welche man sich ursprünglich erhofft hatte, denn es ist nicht zu übersehen, dass der Erwerb einer Stockwerkeinheit dem Käufer gemessen am grossen finanziellen Aufwand faktisch bloss wenig mehr Rechte einräumt, als sich ein Mieter durch den Abschluss eines vorteilhaften längerfristigen Mietvertrages bezüglich vergleichbarer Objekte ebenfalls sichern kann. Ja es ist sogar die Aussage nicht abwegig, die Schranken, Lasten und Pflichten, denen sich ein Stockwerkeigentümer im täglichen Leben ständig gegenübersteht, seien noch einschneidender und bedeutender als diejenigen eines Mieters, da im Stockwerkeigentumsrecht individuell stärkere, gleichrangige Berechtigungen einander gegenüberstehen und gegenseitig eingrenzen, als dies im gewöhnlichen Mietrecht der Fall ist. Die Richtigkeit dieser Behauptung bleibe dahingestellt. Es ist indes nicht zu leugnen, dass es einem Stockwerkeigentümer im Vergleich zum bloss obligatorisch Berechtigten aus psychologischen Gründen schwerer fallen dürfte, Beschränkungen seiner Rechtsstellung hin-

1 Vgl. anstatt vieler: Neue Zürcher Zeitung, 23.9.1986 S. 34.

zunehmen und sich in "seinem" Bauwerk mit anderen Personen verschiedenster Herkunft und allenfalls verschiedenster Interessen (bezüglich der eigenen Stockwerkeinheit) zu arrangieren und, in gewissem Masse, zwangsweise zu organisieren.

Bis heute sind erstaunlich wenige Gerichtsentscheide ergangen, deren Gegenstand stockwerkeigentumsrechtliche Probleme bildeten. Im Hinblick darauf, dass sich dies schon bald ändern kann — dann nämlich, wenn die Bauten in ein Alter kommen, in welchem teure Erneuerungs- und Umbauarbeiten anfallen, bezüglich welcher die Interessen der Stockwerkeigentümer möglicherweise voneinander abweichen² — soll in dieser Arbeit zuerst auf diejenigen materiellrechtlichen Grundlagen des Stockwerkeigentumsrechts eingetreten werden, welche in prozessrechtlicher Hinsicht von Bedeutung sein können. Im Anschluss daran seien gewisse prozessuale Folgerungen, womöglich anhand vorliegender Urteile, aufgezeigt, wobei den Rechtsproblemen der Stockwerkeigentümergeinschaft das Schwergewicht zugemessen wird.

2 Huber, Hans, Gedanken zum Stockwerkeigentum, in: *Aktuelles Stockwerkeigentum*, hrsg. W. Diggelmann u.a., Zürich 1984, S. 20.

§ 2 STOCKWERKEIGENTUM ZWISCHEN ALLEIN- UND MITEIGENTUM

1. Alleineigentum

1.1. Begriff, Inhalt und Bedeutung des Eigentums

1) Die neuere Lehre geht von der Abstraktheit des Eigentumsbegriffes aus¹. Nur auf diese Art lassen sich, immerhin auf begrifflicher Ebene, die Abhängigkeit des Eigentums von jeweiligen Zeitströmungen und geltenden Rechtsordnungen einerseits, die Aufspaltung in Fahrnis- und Grundeigentum andererseits, vermeiden².

“Eigentum ist das umfassendste dingliche Recht, dasjenige Recht an einer Sache, welches dem Berechtigten alle Befugnisse darüber zuweist, die nicht durch Rechtsordnung oder Rechtsgeschäft ausgenommen werden.”³ Die Beschränkbarkeit des Eigentums ist in dieser Begriffsfassung enthalten, während die zahlreichen effektiven Schranken auf die Ebene der Inhaltsbestimmung verwiesen werden^{4,5}.

- 1 Liver, SPR V/1 S. 4: “Der Begriff des Eigentums muss notwendigerweise abstrakt sein und als solcher sich gleich bleiben, (...)”; Meier-Hayoz, Syst. Rz 311: “Ein einheitlicher und allgemeingültiger Begriff des Eigentums ist m.E. notwendigerweise formal und abstrakt.”
- 2 Haab, Art. 641 Rz 2 ff., ist gegenteiliger Ansicht. Unter Abstützung insbesondere auf Gierke definiert er Eigentum “als das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache, mit dem sich die dem Eigentümer durch die Rechtsordnung auferlegten Pflichten verbinden, derart, dass die Eigentumsherrschaft nur soweit reicht, als sie mit den dem Eigentümer obliegenden Pflichten vereinbar ist.”
Die von Haab vertretene Theorie vom Eigentum mit begriffsimmanenten Schranken soll sich gemäss Rey, Eigentum S. 66, neuerdings wieder im Aufschwung befinden.
- 3 Meier-Hayoz, Syst. Rz 306; ders., Wesen S. 185, hatte sich (offenbar vorübergehend) Haabs Meinung zu eigen gemacht: “Nach erneuter Überlegung scheint mir nun allerdings die herrschende deutsche Lehre eher vertretbar.”
- 4 Liver, SPR V/1 S. 6; Meier-Hayoz, Syst. Rz 311 (vgl. Rey, Eigentum S. 65).
- 5 Obwohl er sich eingehend mit dieser Thematik befasst, warnt Meier-Hayoz, Syst. Rz 324, vor der Überbewertung ihrer Bedeutung (vgl. auch ders., Wesen S. 186).

Der abstrakte Eigentumsbegriff wird m.E. der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie, Art. 22^{ter} BV, am ehesten gerecht. Auch diese drückt die Vermutung der Freiheit des Eigentums aus, was sich teils in der Institutsgarantie, teils in der Bestandesgarantie⁶ niederschlägt.

2) Inhaltlich ist das Eigentum vielfältigen, mehrschichtigen Beschränkungen unterworfen. Es erweist sich auf dieser Ebene als, in Funktion wechselnder privat- und öffentlichrechtlicher⁷ Schranken, wandelbare Grösse. Dies kann mit Blick auf die Rechtspraxis nicht erstaunen. Je umfassender ein bestimmtes Recht, in diesem Falle das Eigentum, generell definiert ist, desto stärker ist an sich die Position derjenigen Person, welche es innehat und ausüben will. Je mehr auf der andern Seite die "soziale" Komponente des Eigentums an Gewicht gewinnt, desto nachhaltiger vermögen Staatsgewalt und Dritte die Freiheit des Eigentümers einzuengen⁸.

3) Die Spannung zwischen den einander gegenüberstehenden Gruppen von Rechtsteilnehmern ist so gross, dass im Rechtsleben eine Annäherung unumgänglich ist. Dem Eigentümer soll der Genuss seines Rechts weitestmöglich frei zustehen, während der Dritte gleichzeitig vor exzessiver Eigentumsausübung zu schützen ist. Der Abbau dieses Gegensatzes erfolgt durch Statuierung von Beschränkungen. Deren Mehrschichtigkeit äussert sich darin, dass sie zum Teil tatsächlich von aussen her auf das Eigentum einwirken, zum andern Teil aber dem Eigentum immanent sind. Zur Bejahung der inhaltlichen Immanenz führt die konkrete, praxisorientierte Betrachtung, welche die

6 Die Institutsgarantie sichert den grundlegenden Wesensgehalt, die Bestandesgarantie die Freiheit individueller, konkreter Ausgestaltung des Rechtsinstituts Privateigentum (Meier-Hayoz, Ordnung S. 319).

Müller, Georg, Privateigentum heute, in ZSR NF 100 (1981) II S. 50, verneint allerdings die Existenz eines "verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff(s) mit unabänderlichem Gehalt". Er hält a.a.O., S. 52, dafür, es stehe trotz zivilistischer Betrachtungsweise der Verfassungsgeber der Auffassung nichts entgegen, "das Eigentum als ein in bestimmter Weise inhaltlich ausgestaltetes und begrenztes, in die Rechtsordnung eingefügtes Rechtsinstitut" zu betrachten.

7 Haab, Art. 641 Rz 4, rechnet deshalb das Eigentum nicht mehr den spezifisch privatrechtlichen Instituten zu; vgl. auch Rey, Eigentum S. 68.

8 Meier-Hayoz, Schranken S. 257: "Diese Wendung zum sozialen ist heute vollzogen – weltanschaulich, wirtschaftlich und rechtlich." Rey, Eigentum S. 67 zieht aus denselben Erkenntnissen einen anderen, m.E. gefährlichen Schluss: "Eine soziale Betrachtung muss (...) notwendigerweise zu einer Negation der natürlichen Freiheit, und zu einem Eigentumsbegriff führen, dem die Schranken immanent sind."

positivrechtliche Statuierung unbegrenzten Eigentums nicht zulässt. Welche Schranken sind nun aber solche, die notwendigerweise zum Eigentum gehören und als (entschädigungsfreie) Elemente der Inhaltbestimmung⁹ fungieren? Wo liegen m.a.W. die "Grenzen sozialer Eigentumsbindung"?¹⁰

Diese Frage ist bereits des öfteren als Grundproblem unserer Zeit dargestellt worden. Sie betrifft zur Hauptsache den Bereich der freien Persönlichkeitsentfaltung, welche durch übermässige (immanente) Beschränkung des Privateigentums zum Ersticken gebracht wird¹¹. Eine Antwort, wenn es überhaupt eine allgemeingültige gibt, kann an dieser Stelle nicht erteilt werden. Immerhin sei dazu bemerkt, dass die Lösung m.E. nicht ausgerichtet auf das Eigentum allein zu suchen ist. Der soziale Gedanke durchzieht das gesamte Recht und die gesamte Gesellschaftsordnung. Es entspricht einer kollektivistischen Grundeinstellung, der Stärke des Einzelnen ablehnend gegenüberzustehen – und was eignete sich zur Durchsetzung einer derartigen Haltung besser als die Gesetzgebung und eine starke Staatsgewalt?¹², ¹³

9 Meier-Hayoz, Syst. Rz 331 ff., insbes. 334.

10 Meier-Hayoz, Schranken S. 259 f.; diese Grenzziehung ist mit Blick auf die Beweislage von hervorragender Bedeutung. Nur immanente Schranken werden vermutet. Alle anderen müssen von demjenigen, der sich auf sie beruft, nachgewiesen werden; vgl. hiezu Haab, Art. 641 Rz 18.

11 Meier-Hayoz, Syst. Rz 337 f.; ders., Wesen S. 176; ders., Schranken S. 266; ders., Ordnung S. 328 ff., wo neben der Persönlichkeitsentfaltung auch die wichtigen weiteren Funktionen des Eigentums dargelegt werden (Freiheit, Vorsorge, Ordnungspolitik, nicht zuletzt auch Ansporn und Macht).

12 Bisweilen erscheint die Rechtsordnung diesbezüglich ausser Kontrolle geraten. Was anfangs zur Sicherung einer freiheitlichen Ordnung, zur "Beschränkung der Freiheit weniger, damit die Freiheit vieler sich wieder entfalten kann" (Meier-Hayoz, Zum Bodenproblem, ZBGR 45 (1964) S. 22 f.), bestimmt war, soll mehr und mehr anderen Zielen dienen. Bedenken erhalten Nahrung, betrachtet man den 1978 im Rahmen der angestrebten Totalrevision der Bundesverfassung von der Expertenkommission vorgelegten Entwurf zur neuen Eigentumsordnung, insbesondere Art. 17 und Art. 30 VE. Es sei dazu wiederum Meier-Hayoz, Ordnung S. 328, zitiert: "Dennoch wird dem Eigentum bei der konkreten Ausgestaltung – (...) – nur instrumentaler Wert zuerkannt: es steht im Dienste der verfassungsrechtlich gebotenen Erfüllung von Aufgaben der Gemeinschaft und im Dienste der Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Leitbildes einer "ausgeglichene Eigentumsverteilung im Sinne einer Plafonierung nach oben und nach unten" (Michael Werder, Eigentum und Verfassungswandel; Diss. Bern 1978, S. 451)."

13 So kommt die stetige Stärkung der zentralen Staatsgewalt nicht von ungefähr – eine derartige Entwicklung war angesichts der mehr und mehr um sich greifenden Überbindung gewichtiger Funktionen auf den Staat durchaus vorauszusehen.

4) Von allen Anpassungen an den jeweiligen Zeitgeist unberührt, erhielt sich die grundsätzliche Zweiteilung der Rechtsstellung eines Eigentümers. Positiv stehen dem Eigentümer alle nicht speziell entzogenen Herrschaftsbefugnisse zu, während er zur Verteidigung seiner Rechte sämtliche rechtlichen Abwehrmittel gegen unberechtigte Einwirkung einsetzen kann¹⁴.

1.2. Schrankenimmanenz beim Grundeigentum

1) Die weitgehend freie Rechtsausübung existiert höchstens noch bei Fahrniseigentum. Das Grundeigentum ist, obwohl es auf demselben Begriff basiert¹⁵, inhaltlich (naturgemäss) in stärkerem Masse eingeschränkt. Es erfährt, bedingt durch den "engen, natürlichen Zusammenhang der (bloss künstlich voneinander getrennten) Eigentumsobjekte"¹⁶ in Art. 667 ff. ZGB eine gesonderte Inhaltsordnung.

2) Im Hinblick auf das Stockwerkeigentumsrecht verdient das Nachbarrecht¹⁷ besondere Beachtung. Es trägt wesentlich zur Festlegung des Inhalts des Grundeigentums bei und wird den immanenten Schranken zugerechnet; ausserdem ist es mit unmittelbarer Wirkung ausgestattet¹⁸, d.h. es ist ipso iure und ohne Grundbucheintrag zu berücksichtigen. Die Anwendbarkeit des reinen Nachbarrechts des ZGB beschränkt sich im Bereich des Stockwerkeigentums auf das echte Aussenverhältnis, an welchem Dritte teilhaben. Im (internen) Verhältnis zwischen Stockwerkeigentümern untereinander resp.

14 Art. 641 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB; meist stehen einem Eigentümer auch die Rechtsbehelfe aus Besitz zur Verfügung (Tuor/Schnyder, § 87 b, S. 612).

15 Vgl. oben § 2. 1.1. 1); die Berechtigung einer Aufteilung in Grundeigentum, Fahrnis- und Anteileigentum auf Verfassungsstufe wurde auf Grund der ordnungspolitischen Funktion des Eigentums auch schon erwogen. Eine solche Lösung liesse eine differenziertere Schrankenordnung zu (Meier-Hayoz, Ordnung S. 332); zum Problem der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Eigentumsordnung, vgl. Müller, Georg, Privateigentum heute, in ZSR NF 100 (1981) II S. 48 ff.

16 Haab, Vorbem. Grundeigentum Rz 3.

17 Art. 684 ff. ZGB.

18 Meier-Hayoz, Syst. Rz 329; Liver, SPR V/1 S. 197.

zwischen Stockwerkeigentümern und der Gemeinschaft¹⁹ gelten praktisch immer verfeinerte, präzisierende Reglements Vorschriften. Diese gehen i.d.R. weiter als die Normen des blossen Nachbarrechts.

19 Die Gemeinschaft ist dabei nicht als Eigentümerin gemeinschaftlicher Teile, sondern als zur Verwaltung derselben bestimmtes Gebilde betroffen; vgl. den Entscheid des Bezirksgerichts Meilen vom 18.11.1982, mitgeteilt in SJZ 80 (1984) S. 212 ff. In diesem Urteil ging es darum, dass die Eigentümer der Parterrewohnungen zwar durch das Aufhängen von Wäsche seitens anderer Stockwerkeigentümer gestört wurden, im Prozess aber dennoch die Gemeinschaft passiv legitimiert war, da es um die Einrichtung der Trocknungsplätze als solche, nicht um die konkrete Benützung derselben, ging.

2. Miteigentum

2.1. Begriff und Inhalt

1) Aus Gründen, auf welche noch einzugehen sein wird, kann Stockwerkeigentum nicht auf (parallelem) Alleineigentum mehrerer Berechtigter aufbauen¹. Eine Form gemeinschaftlichen Eigentums schien deshalb anlässlich der Vorbereitung der Gesetzesrevision am besten dazu geeignet, die hochgesteckten Zielsetzungen erfüllen zu können^{2,3}.

2) Als gemeinschaftliches Eigentum bezeichnet die Lehre "das unbeschränkte dingliche Recht an einer Sache, (welches) gleichzeitig mehreren Personen in der Weise (zusteht), dass sie gemeinschaftlich berechtigt sind und sich in einer qualitativ gleichen Rechtsstellung befinden"⁴. Diese Formulierung bringt zwei Anforderungen zum Ausdruck: Einheitliches Eigentumsrecht stelle die Verbindung zwischen einer Sache und mehreren Rechtssubjekten her, und den Rechtssubjekten seien miteinander identische Rechtsstellungen zuzuerkennen⁵.

3) Seinem Begriff nach stellt das individualistisch konzipierte⁶ Miteigentum jenen Typ gemeinschaftlichen Eigentums dar, welcher über die Tatsache gemeinsamen Eigentums hinausgehende persönliche Beziehungen der Beteiligten zueinander nicht voraussetzt. Dem Einzelnen wird Verfügungsmacht bezüglich seines Anteils eingeräumt⁷. Indem der Gesetzgeber so das Schwer-

1 Vgl. unten § 3. 1.2. und § 3. 2.

2 Vgl. unten § 3. 1.1. Die Rechtsgemeinschaftsordnung des ZGB lässt einzig die Ausgestaltung als Mit- oder Gesamteigentum zu; Kunz § 13; Meier-Hayoz, Vorbem. zu Art. 646–654 Rz 6.

3 Sämtliche Versuche, durch Ausweichen z.B. auf die Mieter-Aktiengesellschaft (Alleineigentum der AG, Zwangsmitgliedschaft der "Stockwerkeigentümer") zu ähnlichen Resultaten zu gelangen, müssen als gescheitert betrachtet werden. Bärmann, Theorie und Praxis S. 113, sieht die Mietergesellschaften nicht als Ersatzform für fehlendes Stockwerkeigentum, sondern billigt ihnen selbständige Berechtigung zu.

4 Meier-Hayoz, Vorbem. zu Art. 646–654 Rz 10.

5 Haab, Vorbem. zu Art. 646–654 Rz 10.

6 Meier-Hayoz, a.a.O. Rz 13; Kunz, S. 166; Schneider, S. 52.

7 Meier-Hayoz, Art. 646 Rz 1.

gewicht auf die Stellung des Inhabers eines Miteigentumsanteils legte, hat er wohl die positivrechtliche und somit gültige Lösung geschaffen; bezüglich der Fragen nach der Rechtsnatur dieser Anteile und der Gemeinschaft hat er jedoch keine Klärung herbeigeführt. Auf welche Art teilt sich das absolute Eigentumsrecht auf die Vielzahl von Berechtigten auf? Ist die, wie auch immer geartete, Aufteilung des vollkommensten der dinglichen Rechte mit seiner Funktion überhaupt vereinbar? Eine in jeder Hinsicht überzeugende Erklärung hat sich noch nicht eingestellt⁸.

2.2. Rechtszuständigkeit

1) Im Zusammenhang mit der rechtlichen Konstruktion des Miteigentums kommt der Rechtszuständigkeit zentrale Bedeutung zu. Es geht dabei um die Frage, wie man sich das Nebeneinander der Miteigentümer, m.a.W. ihre simultane rechtliche Zuordnung zur Sache, vorzustellen hat.

Das Miteigentumsobjekt ist eine einheitliche, ungeteilte Sache⁹. Auf diese richten sich ebensoviele Miteigentumsrechte, wie Miteigentümer in der Gemeinschaft vorhanden sind. So wenig sich das Miteigentum durch Sachteilung äussert, so wenig hat man sich eine Aufsplitterung des Gesamtrechts vorzustellen. "Das Recht eines jeden geht auf die ganze Sache"¹⁰; es lässt sich aber, da nur in der Vorstellung bestehend, an dieser nicht physisch darstellen. Solch ideelle Aufteilung¹¹ erlaubt die quotenmässige Quantifizierung des Rechts, welches Eigentum ist, weshalb grundsätzlich sämtliche Bestimmungen über dasselbe zur Anwendung kommen¹².

8 Schneider, S. 53 und S. 55.

9 Art. 646 Abs. 1 ZGB: "(...) ohne äusserliche Abtrennung (...)"; vgl. Meier-Hayoz, Art. 646 Rz 2; Liver, SPR V/1 S. 52.

10 Liver, SPR V/1 S. 53.

11 Liver, a.a.O. S. 53 f.

12 Meier-Hayoz, Art. 646 Rz 3; Schneider, S. 222.

2) Dieser herrschenden Lehre ist nur sehr vereinzelt widersprochen worden¹³. Die Auffassung, eine Aufteilung des Eigentums sei mit dessen ureigenem Wesen unvereinbar, weshalb Miteigentums-Anteile Rechte "sui generis" darstellten, hat sich nicht durchgesetzt¹⁴.

3) Trotz derartiger, nicht einfach von der Hand zu weisender Bedenken¹⁵ hinsichtlich ideeller Teilbarkeit des Eigentums darf m.E. von mehrfacher Rechtszuständigkeit der Miteigentümer ausgegangen werden: "Die Miteigentümer haben das nach seinem Inhalt und Umfang volle Eigentum an der Sache"¹⁶.

Der eine Anteil erweist sich nicht als eine von aussen her auf die anderen Anteile einwirkende Beschränkung. Vielmehr ist jeder Anteil, in vollkommener Reziprozität, in sämtlichen übrigen Anteilen enthalten und trägt auf diese Weise zu deren immanenter Inhaltsbestimmung bei¹⁷.

13 Mengiardi, S. 38; Schneider, S. 233 und S. 237 f.; Bärmann, Theorie und Praxis S. 115 f., wehrt sich wohl dagegen, das Eigentum in aller Absolutheit zu anerkennen. Seine Ausführungen sind jedoch vor dem Hintergrund einer angestrebten Suche nach Rechtfertigung der Durchbrechung des Akzessionsprinzips zu sehen, vgl. unten § 3. 1. Anm. 9.

14 Mengiardi, S. 25 f., stützt seine Überlegungen auf den Gedanken der Exklusivität des Eigentums. Eigentum als "totale Sachherrschaft" ertrage eine Aufteilung begrifflich nicht. Dem Miteigentümer könne folglich unmöglich diejenige Rechtsmacht zukommen, welche dem vollen Eigentumsrecht entspringt (S. 38).

Mengiardi geht m.E. von der falschen Voraussetzung aus, das Verständnis der massgebenden neuen Lehre sehe "von den gesetzlichen und vereinbarten Eigentumsschranken (...) bewusst ab" (S. 25). Die von ihm angeführte Quelle (Meier-Hayoz, Berner Kommentar 4. A. 1966, Syst. Rz 183 ff.) erwähnt aber ausdrücklich den "Vorbehalt einschränkender Vorschriften des objektiven Rechts und vorgehender subjektiver Rechte Dritter (...)!"

Im übrigen verneint auch Mengiardi die Notwendigkeit nicht, irgendeinem Rechtsgebilde Eigentum an der Sache zuweisen zu können. Sind die Miteigentümer genau gesehen eben nicht Eigentümer, sondern bloss Inhaber von Rechten "sui generis", drängt sich dazu die Gemeinschaft auf. Diese ist aber nach Meinung Mengiardis und der wohl herrschenden Lehre (vgl. unten § 5. 2.6.1.) weder rechts- noch eigentumsfähig. Eine plausible Lösung ist nicht bekannt.

15 Bereits Säger, August, Gemeinschaft und Rechtsteilung, Marburg 1913, S. 84, wies darauf hin, dass "die Wissenschaft dem nicht ganz klaren Begriff der ideellen Teilung nicht gerecht geworden" sei.

Interessant in diesem Zusammenhang auch der Gedanke, dass Eigentum auf inhaltlicher Konstanz basieren muss, ob es nun als Gemeinschafts- oder als Alleineigentum auftrete (Schneider, S. 57).

16 Liver, SPR V/1 S. 53.

17 Vgl. oben § 2. 1.1.; Meier-Hayoz, Art. 646 Rz 3; zu den verschiedenen Möglichkeiten, die juristische Konstruktion des Miteigentums zu erfassen, vgl. Schneider § 17, S. 206 ff.

2.3. Gemeinschaftsbezogenes Verständnis

Die, im Gegensatz zum Gesamteigentum, betonte rechtliche Selbständigkeit des Gemeinschafters hindert nicht daran, auch im Miteigentumsrecht der Gemeinschaftlichkeit zentrale Bedeutung zuzumessen. Sie prägt weiteste Bereiche der Nutzungs- und Verwaltungsordnung, während nur wenige Einzelbelange tatsächlich dem Miteigentümer vorbehalten bleiben.

Der Verzicht auf die dogmatische Neubestimmung des Miteigentumsanteils unter Abstützung auf das gewöhnliche Eigentum darf anderseits nicht dazu verleiten, die gegenüber dem Alleineigentum verstärkten Bindungen eines Miteigentümers zu übergehen. Auch von dieser Seite her betrachtet ist eine gemeinschaftsbezogene Betrachtungsweise angezeigt.

§ 3 DIE RECHTLICHE KONSTRUKTION DES STOCKWERKEIGENTUMS IM ZGB

1. Sachenrechtliche Grundprinzipien

1.1. "Numerus clausus" der Sachenrechte

Die abschliessende Regelung der dinglichen Rechte im ZGB wird als "numerus clausus" des Sachenrechts bezeichnet¹. Sie stellt ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem Schuldrecht dar, das jede denkbare Ausprägung obligatorischer Rechtsgeschäfte zulässt und derart als gesamtes Rechtsgebiet in Bewegung ist. Eine Parallele findet sie im ebenfalls abgeschlossenen Gesellschaftsrecht. Die Ausschliesslichkeit baut auf der absoluten Wirkung dinglicher Rechte und auf dem Publizitätsgedanken auf. Sie darf lediglich insofern gelockert werden, als gewisse nicht-dingliche Rechte mit dinglicher Wirkung ausgestattet werden können; ausserdem erfahren Dienstbarkeits- und Pfandrechte in der Praxis eine weniger strenge Behandlung².

Unter der Voraussetzung, die im ZGB festgelegte Ordnung bilde ein abgeschlossenes System, ist die Neuschaffung eines zusätzlichen dinglichen Rechts ausgeschlossen. Die Verwirklichung der Stockwerkeigentumsidee musste infolgedessen von den gesetzlich vorgegebenen Rechtsinstituten ausgehen und konnte nur durch besondere Ausgestaltung oder Kombinierung derselben erreicht werden^{3,4}.

1 Meier-Hayoz, Syst. Rz 78.

2 Meier-Hayoz, Syst. Rz 82 ff.

3 Gegen dieses Prinzip verstossende Rechtsgeschäfte erlangen höchstens dann immerhin obligatorische Wirkung, wenn dies durch Konversion des grundsätzlich nichtigen Geschäfts zu realisieren ist; vgl. Meier-Hayoz, Syst. Rz 81; Haab, Einl. Rz 59.

4 So wurde in der Vorbereitungsphase zur Gesetzgebung wiederholt auf die Notwendigkeit hingewiesen, Systematik und Aufbau des Sachenrechts seien unter allen Umständen unberührt zu lassen; vgl. Friedrich, Konstruktion S. 29. Damit erklärte sich allerdings Bärman, Theorie und Praxis S. 118, nicht einverstanden: "Die Geschlossenheit des Systems der dinglichen Rechte durch den numerus clausus hat aber keine Rechtfertigung, weder logisch noch pragmatisch."

1.2. Akzessionsprinzip

1) Dem Gesetzgeber erschien der Aufbau des Stockwerkeigentums auf Alleineigentum richtigerweise als nicht durchführbar⁵. Es galt das traditionelle Akzessionsprinzip⁶ aufrecht zu erhalten, welches die eigentumsrechtliche Horizontalgliederung einer fest mit dem unterliegenden Grundstück verbundenen Sache verbietet, weshalb Letztere als Bestandteil stets ungeteilt das rechtliche Schicksal des Grundstückes teilt⁷.

2) Das nach wie vor als grundlegend eingestufte Prinzip⁸ wurde bei der Schaffung von, dem Stockwerkeigentum verwandten, Rechtsinstituten im Ausland offen verletzt. So basiert das deutsche Wohnungseigentumsrecht ausdrücklich auf Sondereigentum in Verbindung mit Miteigentum. Letzteres besteht an den gemeinschaftlichen Teilen der Liegenschaft, wogegen Sondereigentum als eigentliches Alleineigentum an bestimmten, räumlich ausgeschiedenen Teilen auftritt⁹. Dieses Sondereigentum wird als Widerspruch zum Akzessionsprinzip allseits erkannt und zu rechtfertigen versucht¹⁰.

5 Vgl. oben § 2.2.1.

6 "Superficies solo cedit", vgl. Friedrich, Konstruktion S. 13 und S. 28.

7 Tuor/Schnyder, § 91 Ia.

8 Liver, Marxer S. 277 f.

9 § 1 WEG; vgl. Weitnauer, § 1 Rz 3 ff.; vgl. i.ü. die Darstellung der deutschen Lehre in Weber, S. 9 ff.

10 Ob nun dem Grundsatz "superficies solo cedit" die logische Konsequenz abgesprochen (Merle, System S. 49 ff.), ob er als durch gesetzliche Anordnung variierbar und nicht allgemeingültig verstanden (Weitnauer, Vor § 1 Rz 12 f.) oder sein römisch-rechtlicher Ursprung angezweifelt wird (Bärmann, Theorie und Praxis S. 114) – eine zwingende Erklärung scheint nirgends verfügbar. Mit Hinweisen auf besondere Zweckmäßigkeit wird begründet, was Liver (Marxer S. 149/185) einen "Missgriff des Gesetzgebers" nannte...

Liver, ZbJV 106 (1970) S. 59 verurteilt diese Lehre, welche propagandistisch bedingt sei und zu ihrer Erklärung "abstruseste Konstruktionen" hervorbringe. Auch Meier-Hayoz nennt das deutsche Wohnungseigentumsrecht eine "m.E. nicht voll geglückte gesetzgeberische Leistung" (ACP Bd. 159 (1960), S. 88). Im übrigen wird bisweilen auch von deutschen Autoren ausdrücklich eingeräumt, auch ohne die Einführung von Sondereigentum lasse sich ein ähnliches Resultat erzielen (Weitnauer, Vor § 1 Rz 13a).

2. Das Stockwerkeigentum als qualifiziertes Miteigentum

1) Wie bereits angedeutet, musste das neu einzuführende¹ Stockwerkeigentumsrecht unter Weiterführung der Miteigentums-Idee konzeptioniert werden. Dabei konnte aus zahlreichen früheren Versuchen, mittels anderer Konstruktionen zu vergleichbaren Resultaten zu gelangen², Lehren gezogen werden. Als ein Hauptziel strebte man die sachenrechtliche, nicht bloss die schuldrechtliche, Stärkung der Rechtsstellung des Miteigentümers an³.

2) Das Akzessionsprinzip verhindert nicht bloss die vollständige Aufteilung einer Liegenschaft zu horizontal gegliederten, voneinander getrennten Alleineigentumsbereichen. Ausgeschlossen bleibt auch ein Nebeneinander von Miteigentum und Alleineigentum an Räumlichkeiten einer einzigen Baute.

“Echtes Stockwerkeigentum”⁴ unterscheidet sich vom “unechten Stockwerkeigentum”, welches der Regelung im ZGB zu Grunde liegt, weniger durch die Aufteilung in Gemeinschafts- und Individualbereich, als durch die Vorstellung über die Parallelexistenz der Teil-Berechtigungen. Während man sich beim echten Stockwerkeigentum eine physisch kaum abgrenzbare

1 Betreffend der früheren kantonalrechtlichen Stockwerkeigentumsordnungen, vgl. Hindermann S. 34. Das kantonalrechtliche Stockwerkeigentum hat in einigen Kantonen die Zeit zwischen 1911 und 1964 gut überdauert, was sich heute in den aktuellen Verbreitungsstatistiken insbesondere der Kantone Wallis und Graubünden niederschlägt.

2 Vgl. oben § 2. 1. Anm. 3; zu diesem Zweck entstanden beispielsweise Mieter-Aktiengesellschaften und ähnliche Gesellschaften (vgl. Richli, Paul, Die Miete-Beteiligung an Wohnungen, Diss. Bern 1974; Friedrich, Hans-Peter, Die Mieter-Aktiengesellschaft als Ersatz für Stockwerkeigentum, SAG 33 (1960) S. 41 ff.; Couchepin, René, Aktiengesellschaften von Wohnungseigentümern, SAG 23 (1950) S. 233 ff.), daneben auch, trotz des numerus clausus des Sachenrechts, neue Formen beschränkter dinglicher Rechte (vgl. Guhl, in ZbJV 93 (1957) S. 213, betreffend BGE 81 II 602 f.; weitere Angaben in Weber, Diss. S. 5 f.).

3 Die Einräumung eines Wohnrechts (Art. 776 ZGB) eignete sich nicht wegen mangelnder Verkehrsfähigkeit.

Auch eine Lösung aus dem Bereich des Dienstbarkeitsrechts erwies sich nicht als gangbarer Weg; vgl. Bärman, Theorie und Praxis S. 121, und Friedrich, Konstruktionen S. 22 ff.

4 Es ist praktisch unbestritten, dass das deutsche Wohnungseigentum echtes Stockwerkeigentum darstellt. Die Kontroverse, ob dem Miteigentumsanteil oder dem Sondereigentum die zentrale Rolle zufällt, ist hingegen nicht entschieden (Weber, S. 9 ff.). Immerhin ist BGHZ 49, 250 = NJW 1968, 499 zu entnehmen, dass die wirtschaftliche Vorrangigkeit des Sondereigentums vom juristisch dominierenden Miteigentum in den Hintergrund gedrängt wird. Vgl. auch oben § 3. 1.2.

Koexistenz⁵ von Mit- und von Sondereigentum vorzustellen hat, erstreckt sich beim unechten Stockwerkeigentum das Miteigentum aller Beteiligten auf sämtliche Gebäudeteile. Diesem lückenlosen Miteigentum überlagert sich an diejenigen Teile, welche bei echtem Stockwerkeigentum im Sondereigentum stünden, das Sonderrecht⁶, welches für das Stockwerkeigentumsrecht nach schweizerischem Verständnis bezeichnend ist und einen wesentlichen Unterschied zu bloßem Miteigentum ausmacht. Angesichts der dominierenden Funktion, welche dennoch dem Miteigentumsrecht als Grundlage zukommt, hat sich für das Stockwerkeigentum die Bezeichnung "qualifiziertes Miteigentum" eingebürgert⁷.

5 Vgl. oben Anm. 4, 2. Satz.

6 Vgl. unten § 4. 1.

7 Vgl. Weber, S. 8, mit Hinweisen auf diesbezügliche Literaturstellen in Anm. 24; Frei, S. 18 f. und S.21.

3. Problematische Lokalisierung

1) Die Auffassung, Stockwerkeigentum stelle qualifiziertes Miteigentum dar, gibt nicht erschöpfend Auskunft über die systematische Einordnung des neuen Rechtsinstituts. Insbesondere die in sich abgeschlossene Ordnung des Sachenrechts steht der überzeugenden dogmatischen Erfassung des Sonderrechts im Wege, lässt sie doch gerade zwischen Mit- und Alleineigentum keine Lücke für ein zusätzliches Rechtsinstitut frei. Mancherorts findet sich die Formulierung, das Stockwerkeigentum befinde sich im Schnittpunkt von Sachen- und Schuldrecht¹. Die Aussage trifft m.E. zu, hilft jedoch, sieht man von ihrer einleuchtenden Bildhaftigkeit ab, nicht weiter. Auch sie vermag letztlich den dogmatisch begründeten Widerspruch zwischen Leitidee und Realisierung des Stockwerkeigentums gerade nicht zu beseitigen² — trotz der Anfügung des konkretisierenden Sonderrechts bleibt der Stockwerkeigentümer bloss ein in eine Gemeinschaft integrierter Miteigentümer.

2) Was sich bei der Untersuchung der Rechtsnatur des Miteigentumsanteils andeutet, kommt an dieser Stelle somit zum Durchbruch. Der Miteigentumsanteil lässt sich gerade noch, wenn auch mit gewisser Mühe, einordnen, doch will Gleiches mit dem Stockwerkeigentumsanteil nicht recht gelingen. Das Sonderrecht trägt zwar ohne Frage dingliche Züge, ist aber gleichwohl weder Eigentum³, noch einem beschränkten dinglichen Recht⁴ gleichzusetzen. Diese Erkenntnis muss zum Schluss führen, dass der Gesetzgeber durch die

1 Weber, S. 3; Friedrich, Konstruktion S. 16; Frei, S. 19; Bärmann, Theorie und Praxis S. 119, betont, dass die "Sachenrechtliche Berechtigung einerseits (...) und personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis (also Mitgliedschaftsrecht) andererseits nicht selbständig und unabhängig nebeneinander bestehen."

2 Es bleibt namentlich Tatsache, dass dem (wirtschaftlich begründeten) Wunsch, "individuellen Grundbesitz zu erwerben" (Friedrich, Konstruktion S. 17), einzig durch eine miteigentumsrechtliche Konstruktion entsprochen werden konnte. Die verstärkte Annäherung an Alleineigentum liess sich durch Einräumung des Sonderrechts bewerkstelligen.

3 Weber, S. 16.

4 Friedrich, Die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz, ZSR 75 (1956) S. 22a und S. 43a ff.; ders., Konstruktion S. 15; Ch. Müller, S. 14 Anm. 15.

Schaffung des Sonderrechts den vorgegebenen Rahmen des Sachenrechts gesprengt hat⁵.

3) Nicht nur die markante Stärkung der Stellung des Stockwerkeigentümers, sondern auch die mindestens ebenso auffällige Ausgestaltung der Gemeinschaft⁶, verdient Beachtung. Sie birgt allerdings, vergleichbar mit der höherstufenden, allgemeinen Relation zwischen Staatsgewalt und Rechtssubjekten⁷, die Gefahr allzu starker Entfernung weg vom Individualismus, welcher ursprünglich den Anstoss zur Wiedereinführung des Stockwerkeigentumsrechts gegeben hat. Eine Kompetenzdelegation an die Gemeinschaft ist dann zu begrüßen, wenn sie der Praktikabilität als solcher dient; fände sie allerdings in einem Masse statt, welches den Stockwerkeigentümer zum blossen Mitglied⁸ eines ihm übergeordneten Gebildes degradierte, wäre nicht nur der sachenrechtliche Gehalt des Instituts in rechtswidriger Weise verletzt, sondern auch der mit der Wiedereinführung des Stockwerkeigentumsrechts verfolgte Zweck nicht erfüllt.

5 Weber, S. 16; auch der Gedanke, das Sonderrecht stelle eine durch den besonderen Miteigentumsanteil vermittelte Realobligation dar, verfängt mit Blick auf die herrschende Lehre nicht (vgl. Meier-Hayoz, Syst. Rz 271 ff.). Ähnliche Überlegungen führten auch Bärmann, Theorie und Praxis S. 115, zum folgenden Schluss: "(...); rechtliche Bedürfnisse bleiben unbefriedigt und unlösbar, wie gerade die Konstruktionsversuche (...) in Deutschland und in der Schweiz bewiesen haben."

6 Vgl. im einzelnen unten § 5. 2.

7 Vgl. oben § 2. 1.1.

8 Weber, S. 16 Anm. 94, empfiehlt die Betrachtung des Stockwerkeigentums unter dem Gesichtspunkt der Mitgliedschaft. An dieser Stelle sei auf die Trinitätslehre Bärmanns hingewiesen. Sie hat in weiten Kreisen der deutschen Lehre Eingang gefunden und lässt einen Erwerber von Wohnungseigentum drei wechselseitig und akzessorisch miteinander verbundene Rechtsteile erstehen, nämlich Miteigentum, Sondereigentum und verdinglichte Mitgliedschaft in der Gemeinschaft (Bärmann, Theorie und Praxis S. 120).

§ 4 RECHTLICHE BEZIEHUNGEN ZUR SACHE

1. Sonderrecht

1.1. Wesen

1) Durch Hinzufügung des Sonderrechts wird blosses Miteigentum qualifiziert, wird zu Stockwerkeigentum¹. Dem Stockwerkeigentümer werden bestimmte Räumlichkeiten zur Benutzung, Verwaltung und inneren Ausgestaltung zugewiesen². Dadurch auf den ersten Blick einem Alleineigentümer besagter Räume angenähert, bleibt er aber Miteigentümer und in der Gemeinschaft stark verwurzelt: Infolge paralleler Existenz grundsätzlich identischer Sonderrechte der übrigen Gemeinschaftler stehen seinen Rechten einschneidende Bindungen gegenüber, welche die individuelle Macht des Einzelnen im Kollektiv auf das praktikable Mass limitieren.

2) Das Sonderrecht wurde auch schon als "in dem gemeinschaftlichen Eigentum (...) enthalten" bezeichnet³. Andernorts wurde ihm jede Eigenständigkeit abgesprochen, stelle es doch lediglich eine bezeichnende Färbung des Miteigentumsrechts dar⁴.

Einigkeit herrscht dagegen hinsichtlich seiner dinglichen Natur und der Unauflösbarkeit der Verbindung mit dem Miteigentumsanteil. Konsequenterweise wird durchwegs verneint, dass ein Sonderrecht ohne den dazugehörigen Miteigentumsanteil am Rechtsverkehr teilhaben könne⁵. Nach hier vertretener Auffassung stellt das Sonderrecht ein separates, dem Miteigentumsanteil angefügtes Recht dinglicher Natur dar, welches nur zusammen mit dem Miteigentumsanteil lebensfähig ist.

1 Vgl. oben § 3. 2. und § 3. 3.; Liver, SPR V/1 S. 89 ff.

2 Art. 712a ZGB.

3 Liver, SPR V/1 S. 91.

4 Frei, S. 21 Anm. 42; im Widerspruch dazu Weber, in BR 1985/4, S. 67 Anm. 4: "Letztlich muss man beim Sonderrecht dennoch von einer neuen Eigentumsform sprechen."

5 Liver, SPR V/1, S. 91; Weber, S. 42.

1.2. Inhalt

“Inhalt und Gegenstand”, so die Marginalie vor Art. 712a ZGB, werden in groben Zügen gesetzlich umschrieben. Es blieb und bleibt Lehre und Rechtsprechung überlassen, detaillierte Bestimmungskriterien dafür zu entwickeln, wie weit die Rechte und Pflichten des Stockwerkeigentümers an den ihm zu Sonderrecht ausgeschiedenen Teilen reichen, und auf welche Art sie an gemeinschaftlichen Teilen zu wahren seien.

1.2.1. Objekt

1) Dem Stockwerkeigentümer steht das Sonderrecht an “bestimmten Teilen eines Gebäudes” zu; auch “eigene Räume” und “seine Räume” werden dafür im Gesetzestext als Synonyme verwendet⁶. Es sei jedoch hier wiederholt, dass sich das Miteigentum jedes einzelnen Stockwerkeigentümers auf die gesamte Liegenschaft erstreckt und als gewöhnliches, gemeinschaftliches Eigentum ungeteilt bleibt. Die Zuweisung des Sonderrechts geschieht folglich nicht auf der Stufe des Eigentumsrechts, sondern auf derjenigen der Nutzung⁷.

2) In Abweichung vom allgemeinen Sprachgebrauch werden Räume als Stockwerk bezeichnet, selbst wenn sie bei weitem kein ganzes bauliches Stockwerk umfassen⁸. Entscheidend ist nicht in erster Linie die etagenweise Gliederung in einzelne Sonderrechtsbereiche, sondern die Unterteilung nach funktionalen Gesichtspunkten. Voraussetzung bildet die selbständige Abgeschlossenheit der Einheiten, welche sich insbesondere in Form separater Eingänge äussert⁹. Ob das Stockwerk Wohn- oder gewerblichen und Geschäftszwecken¹⁰ diene, ist von geringer Bedeutung.

6 Art. 712a ZGB.

7 Romang, Teil 8, 3.1. S. 2.

8 Art. 712b Abs. 1 ZGB; Romang, Teil 8, 3.2. S. 1.

9 Vgl. SJZ 67 (1971) S. 13 zu einem Entscheid des Obergerichts des Kt. Solothurn vom 22.2.1971, sowie Friedrich, Hans-Peter, Praktische Fragen, ZBGR 47 (1966) S. 334: Die Räume müssen eine wirtschaftliche Einheit bilden, was im französischen Text (“formant un tout”) klarer zum Ausdruck kommt.

10 Gemäss Art. 712b Abs. 1 ZGB sind auch “andere Zwecke” zulässig; vgl. Art. 33b Abs. 2 GBV.

3) Die gesetzliche Umschreibung dessen, was Gegenstand des Sonderrechts bilden kann, geschieht auf indirekte Art, nämlich durch Festlegung derjenigen Teile, welche notwendig dem gemeinschaftlichen Bereich zugehören. Infolge der zwingenden Zugehörigkeit sämtlicher Teile der Liegenschaft entweder zu Sonderrecht einzelner oder aber zu gemeinschaftlichem Gebrauch aller¹¹, lässt sich auch mittels solcher einseitiger Vorschriften die Geschlossenheit des Systems erreichen¹².

Ohne hier auf die einzelnen Zugehörigkeiten¹³ eingehen zu können, lässt sich unschwer feststellen, dass sich die zu Sonderrecht ausgeschiedenen Teile gemessen an den unbedingt gemeinschaftlichen Teilen physisch sehr bescheiden ausnehmen¹⁴. Diese Tatsache wiederum steht in gewissem Widerspruch zur wirtschaftlichen Wichtigkeit der Rechte und Pflichten, welche ihren Ursprung im Sonderrecht haben und insbesondere im allgemeinen Sprachgebrauch das Stockwerkeigentum schlechthin verkörpern¹⁵.

1.2.2. Beinhaltete Rechte und Pflichten

1) Das Sonderrecht enthält die Befugnis zu selbständiger Nutzung, Verwaltung und baulicher Innengestaltung bezüglich bestimmter Teile des Gebäudes¹⁶. Relativiert werden diese Rechte jedoch durch die Vorschrift, sich bei ihrer Ausübung an die verschiedenen Schranken zu halten, welche die Gemeinschaftsbezogenheit des Stockwerkeigentums mit sich bringt. Die Rücksichten betreffen die übrigen Stockwerkeigentümer bei Ausübung ihrer eigenen Sonderrechte, sowie die gemeinschaftlichen baulich-konstruktiven Teile,

11 Romang, Teil 8, 3.4. S. 1: "Eine dritte Kategorie gibt es rechtlich nicht."

12 Dies umso mehr, als allfälligen Unsicherheiten durch die gesetzliche Vermutung der Sonderrechtsqualität vorgebeugt wurde, Art. 712b Abs. 3 ZGB.

13 Die Überprüfung erfolgt in mehreren Stufen. Der Bauteil ist hinsichtlich seiner Abgeschlossenheit, seiner Bedeutung für das äussere Erscheinungsbild der Liegenschaft sowie seiner allfälligen tragenden, konstruktiven Funktion zu untersuchen. Besonders heikel nehmen sich Autoabstellplätze, Balkone, Veranden und Dachterrassen aus, welche schon Anlass zu unzähligen Diskussionen und Urteilen (insbesondere in Deutschland) gaben. Vgl. Weber, S. 67 ff. und S. 111 ff.; Romang, Teil 8, 3.2./3.3./9.2. S. 4.

14 Romang, Teil 8, 8. S. 2.

15 Romang, Teil 8, 3.1. S. 1; vgl. oben § 3. 2. Anm. 4.

16 Weder der Boden der Liegenschaft noch das Baurecht sind sonderrechtsfähig, Art. 712 b Abs. 2 Ziff. 1 ZGB.

welche in jeder Hinsicht zu schonen sind. Zwar werden in erster Linie Unterlassungspflichten stipuliert. Es findet sich jedoch beispielsweise auch die Pflicht jedes einzelnen, aktiv für adäquaten Unterhalt der sonderrechtlichen Räume zu sorgen¹⁷.

2) An den unter dem Namen "Sonderrecht" zusammengefassten Rechten und Pflichten verdeutlicht sich die wechselseitige Verbundenheit von Miteigentumsanteil und Sonderrecht, welche auch die Zugehörigkeit zur Gemeinschaft, anders ausgedrückt, die Mitgliedschaft¹⁸, impliziert. Sowohl gegenüber der Gemeinschaft als solcher, als auch, gemeinschaftsintern, gegenüber sämtlichen Mitgliedern, bestehen stärkere Bindungen¹⁹ des einzelnen Stockwerkeigentümers, als sie zwischen echten Alleineigentümern von einander benachbarten Grundstücken (gesetzlich) existieren.

3) Verwaltung und Benutzung der im Sonderrecht stehenden Räumlichkeiten sind dem Stockwerkeigentümer vorbehalten. Er ist, mit gewissen Vorbehalten²⁰, frei, diese Befugnisse selbst auszuüben oder sie einem Dritten zu überlassen²¹. Gleiches gilt auch für die innere Ausgestaltung der Räume: Vorausgesetzt, sie beschränke sich auf sonderrechtliche Teile, haben der Stockwerkeigentümer oder von ihm ermächtigte Dritte freie Hand²².

17 Art. 712a Abs. 2 u. Abs. 3 ZGB; zur realobligatorischen Natur dieser und anderer Pflichten im Mit- und Stockwerkeigentum: Meier-Hayoz, Syst. Rz 267 ff., insbes. Rz 277 und 279. Des weiteren ist die Kostentragungspflicht zu nennen, welche, für gemeinschaftlichen Aufwand im Verhältnis der Wertquoten berechnet, von eminenter Bedeutung ist, Art. 712h ZGB.

18 Vgl. Weber S. 16 Anm. 94; die Lehre Bärmanns von der "dreigliedrigen Einigkeit" nennt für das System des Wohnungseigentums ebenfalls die Mitgliedschaft als eines der drei Elemente (vgl. oben § 3. 3. Anm. 8).

19 Die vielerorts eingesetzte Wendung der "körperschaftlichen Komponente" hat denn auch durchaus ihre Berechtigung (vgl. unten § 5. 2.6.); vgl. Romang, Teil 8, 9.1. S. 2 (u.a.); Weber, S. 8; Frei, S. 16 und S. 23.

20 Vgl. Einspracherecht, Art. 712c Abs. 2 ZGB, und Unterhaltungspflicht, Art. 712a Abs. 3 ZGB.

21 Romang, Teil 8, 9.1. S. 2.

22 Der Stockwerkeigentümer ist namentlich zur selbständigen, unabhängigen Eingabe von Baubewilligungsgesuchen berechtigt; vgl. BR 1985/4, S. 81 betr. Entscheid Verwaltungsgericht ZH vom 6.7.1984 (Rechenschaftsbericht Verwaltungsgericht ZH 1984, Nr. 117, S. 186 f.); Romang, Teil 8, 9.1. S. 4.

4) Im Gegensatz zum Miteigentümer, dessen nicht konkret fassbarer Anteil zwar auch Grundeigentum i.S. von Art. 655 ZGB darstellt, kann der Stockwerkeigentümer aufgrund seines Sonderrechtes seine Rechtsstellung hinsichtlich ganz bestimmter, ihm zugewiesener Räume wie ein Eigentümer gegen unberechtigte Einwirkungen seitens Dritter verteidigen und durchsetzen. Sind derartige Dritte tatsächlich Aussenstehende, bleibt die Behandlung des Stockwerkeigentümers als Quasi-Eigentümer seines Stockwerks problemlos. Der Dritte muss Art. 655 Ziff. 4 ZGB vollumfänglich gegen sich gelten lassen²³. Sind jedoch Mit-Stockwerkeigentümer Dritte, wird durch ihren Eingriff nicht das Sonderrecht resp. Miteigentum des Berechtigten allein, sondern in jedem Fall gleichzeitig auch die Gemeinschaftsordnung verletzt²⁴.

23 Nicht ganz so einfach verläuft eine Auseinandersetzung zwischen einem Stockwerkeigentümer und einem Dritten, dem am Sonderrecht oder an gemeinschaftlichen Teilen Berechtigungen eingeräumt wurden, vgl. unten § 4. 3.

24 Romang, Teil 8, 9.1. S. 4; die Palette möglicher gemeinschaftlicher Massnahmen reicht bis zum Ausschluss des betreffenden Stockwerkeigentümers, Art. 649b f. ZGB.

2. Sondernutzungsrecht

2.1. Allgemeines

1) Eine zu Stockwerkeigentum aufgeteilte Liegenschaft hat ausschliesslich gemeinschaftliche Teile einerseits, sonderrechtliche anderseits¹. Äusserst bedeutsame Elemente sind gemäss gesetzlicher Vorschrift zwingend gemeinschaftlich, so namentlich der Boden und Teile, welche hinsichtlich Gestalt und äusserem Aussehen des Gebäudes bestimmend wirken². Gerade letztere Aussage ist vielfach nicht eindeutig auszulegen. Gleiches gilt es im übrigen auch von den anderen Erfordernissen in Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zu sagen. Sie alle stellen dann Anlass zu Auseinandersetzungen dar, wenn nicht zuvor schon reglementarische Vorschriften Klarheit geschaffen haben. Mit guten Gründen können denn auch bezüglich ein und desselben Bauteils verschiedene Meinungen vertreten werden, wie im folgenden am Beispiel des Balkons festgestellt werden kann.

2) Das sich strikte am unmittelbar feststellbaren Wortsinn der Gesetzesnorm orientierende Verständnis³ gründet seine Berechtigung auf Einheitlichkeit und mithin auch Klarheit der Verhältnisse. Der naturgemäss nach aussen teilweise offenstehende Balkon erfüllt zumindest die Bedingung der Abgeschlossenheit, welche zur Sonderrechtsfähigkeit gehört, nicht. Gleiches lässt sich auch bezüglich Dachterrassen und, ganz besonders, bezüglich Gartensitzplätzen sagen. Im Falle derartiger Betonung der erforderlichen Abgeschlossenheit wird eine Überprüfung, ob die übrigen Vorschriften eingehalten seien, hinfällig. Die Ausscheidung zu Sonderrecht ist ausgeschlossen, weshalb die einem bestimmten Stockwerkeigentümer vorbehaltene Benutzung durch Statuierung eines entsprechenden Sondernutzungsrechts sichergestellt werden muss.

3) Nach anderer Auffassung darf die Abgeschlossenheit nicht als derart dominierendes Kriterium verstanden werden. Als Begründung wird angeführt, die Kompromisslosigkeit in dieser Frage führe in der Praxis zu merkwürdigen

1 Vgl. oben § 4. 1., insbes. Anm. 11.

2 Art. 712b Abs. 2 ZGB.

3 Romang, Teil 8, 9.2. S. 4.

und abwegigen Ergebnissen. Werde die Sonderrechtsfähigkeit verneint, sei der Stockwerkeigentümer nicht davor geschützt, dass die Gemeinschaft durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss⁴ über die ihm eingeräumte Sondernutzungsbefugnis befinde, sie einschränke oder gar die gemeinschaftlichen Teile, an welchen sie begründet wurde, bei gegebener Interessenlage wieder an sich ziehe⁵. Ein Balkon sei in der Regel einzig von Gebäudeteilen her zugänglich, welche im Sonderrecht stehen, und mit diesen organisch verbunden. Unter Zuhilfenahme der Fiktion der Geschlossenheit des Balkons⁶ lasse sich Sonderrecht einräumen, wobei dieses sich, in Analogie zu sämtlichen übrigen Sonderrechtsteilen, nicht auf die Aussenseite erstrecke, da diese die äussere Gestalt des Gebäudes mitbestimmt⁷.

2.2. Wesen und Funktion

1) Gebrauch und Nutzung der gemeinschaftlichen Teile erfolgen prinzipiell unabhängig davon, wie der einzelne Stockwerkeigentümer mit seiner Einheit verfährt. Es steht den Gemeinschaftern zu, eine diesbezügliche Ordnung zu schaffen⁸.

Diese Regelungskompetenz reicht inhaltlich sehr weit. Es lassen sich sämtliche beschränkten dinglichen Rechte, aber ebenso auch Rechte (und Pflichten) schuldrechtlicher Art, statuieren⁹. Besonders wesentlich ist die gesetz-

4 Weber, S. 211 f.

5 Weber, S. 212.

6 Bei symmetrisch übereinander angeordneten Balkonen lässt sich dies in der Tat einfach vorstellen, indem die Geländer oder Mäuerchen, die den Balkon abschränken, bis zum Boden des darüberliegenden Bauteils (in der Vorstellung) erhöht werden, wodurch ein fiktiver, abgeschlossener Raum entsteht; vgl. Weber, S. 125 f. mit Hinweisen v.a. auf deutsche Literatur.

7 Das sich auf die Innenseite des Balkons erstreckende Sonderrecht kann sich überhaupt nur so weit äussern, als die äussere Erscheinung nicht tangiert wird. Bereits das Ziehen von Pflanzen, die Installation eines Aussencheminées, geschweige denn die Verglasung der offenen Seite, wären unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen (Weber, S. 91 f.).

8 Weber, Minderheitenschutz, S. 146 ff.

9 Da Nutzung als Bestandteil der Verwaltung nur in äusserst beschränktem Masse einzelnen delegiert werden kann, ist häufig auch von blosser Gebrauchsregelung die Rede (vgl. Weitnauer, WEG § 15 Rz 1).

lich nicht vorgesehene Befugnis, bestimmten Personen auch exklusive Gebrauchsvorteile einzuräumen, unter gleichzeitiger entsprechender Ausschlussung aller übrigen Stockwerkeigentümer. Als Bezeichnung hat sich der Ausdruck "Sondernutzungsrecht" praktisch überall durchgesetzt¹⁰.

2) Sondernutzungsrechte haben, ähnlich wie die Sonderrechte, keinen Einfluss auf eigentumsrechtliche Belange. Eigentümer bleiben stets sämtliche Stockwerkeigentümer zusammen. Sie sind es denn auch, welche als Subjekte der Sondernutzung überhaupt in Frage kommen.

Es steht fest, dass Sondernutzungsrechte dazu geeignet sind, der begünstigten Person in einem bestimmten Bereich zusätzliche, alleineigentumsähnliche Rechtsmacht zu verleihen – immer unter dem Vorbehalt jedoch, sich jeglicher Eingriffe in die Eigentumssubstanz zu enthalten¹¹. Überschreitet ein Sondernutzungsberechtigter die Grenze seiner Kompetenzen, verletzt er dadurch gemeinschaftliches Eigentum auf unrechtmässige Art.

3) Funktional sind Sonderrecht und Sondernutzungsrecht miteinander z.T. verwandt. Beide betonen die individualistische Seite des Stockwerkeigentums und wirken auf die Verengung der Lücke zum reinen Alleineigentum hin. Dennoch ist ihr Verhältnis zur Gemeinschaftlichkeit unterschiedlicher Art: Das Sonderrecht ist originäres Wesensmerkmal des Stockwerkeigentums. Seine Ausgestaltung hat die gegengleiche Stärkung der Gemeinschaft, des Kollektivgedankens generell, zur Folge, was die bestmögliche Wahrung des Interessengleichgewichts fördern hilft. Auf einer tieferen Stufe kann das Pendel wieder in Richtung der Betonung der Stellung des Einzelnen ausschlagen, indem die Einräumung von Sondernutzungsrechten vorgesehen wird.

10 Dies geschah in Anlehnung an die deutsche Terminologie. Einzig Romang verwendet die Bezeichnung "Sonderbenützungsrecht".

11 Dies verdeutlichte auch ein Entscheid des Zürcher Obergerichts (ZR 1978 Nr. 135; vgl. Weber, S. 245; Romang, Teil 8, 14. 3.1.): Der Gemeinschaftsbeschluss wurde geschützt, welcher auf Entfernung eines Swimming-Pools aus dem gemeinsamen Garten lautete. Der Pool war zwar in einem zu Sondernutzung ausgeschiedenen Bereich installiert worden, hatte aber dennoch das Eigentum der übrigen Gemeinschaften tangiert.

Die Auswahl an zulässigen Abwehrmitteln gipfelt in der Möglichkeit, den fehlbaren Stockwerkeigentümer auszuschliessen (Art. 649b ZGB).

Der stockwerkeigentumsrechtliche Grundgedanke¹² scheint dadurch in Mitleidenschaft gezogen. Das Ideal quotenmässig gleicher¹³ Benutzung ist jedoch infolge der Verschiedenheit der beteiligten Interessen weder erstrebenswert, noch erreichbar. Es ist m.E. jedenfalls gerechtfertigt, sich aufdrängende Bevorzugungen¹⁴ vorzunehmen, falls sich dadurch eine sinnvolle, interessenadäquate Erhöhung des Gebrauchswertes ganz bestimmter Stockwerkeinheiten ohne eigentliche Benachteiligung der übrigen Stockwerkeigentümer erzielen lässt.

2.3. Objekt und Begründung

1) Der Sondernutzung zugänglich sind lediglich diejenigen Liegenschaftsteile, welche entweder zwingend gemeinschaftlich sind oder, trotz gegebener Sonderrechtsfähigkeit, als gemeinschaftlich erklärt werden¹⁵. Entscheidend ist die tatsächliche, formgültige¹⁶ Festlegung durch die Gemeinschaft, wogegen bloss subjektiv empfundene Wichtigkeit resp. Bedeutungslosigkeit bestimmter Teile unbeachtlich bleibt. Die Ausschliesslichkeit des Sondernutzungsrechts macht zudem die äusserliche, unzweideutige Abgrenzung der betreffenden Teile wünschbar.

2) Das Fehlen einer gesetzlichen Normierung des Sondernutzungsrechts wirkt sich auch in einer gewissen Unsicherheit im Zusammenhang mit Begründungsregeln aus¹⁷. Auszugehen ist von der Lokalisierung der Sondernutzungsrechte im Umfeld gemeinschaftlicher Gebrauchsregelung. Deren Schaf-

12 Friedrich, SJK 1303.3.

13 Umstritten ist dabei, ob sich die Gleichmässigkeit der Nutzung nach Köpfen oder im Verhältnis der Wertquoten bemesse, was aber in diesem Zusammenhang nicht von vorrangiger Bedeutung ist (vgl. Weber, S. 243 und S. 246 Anm. 30; Schneider, S. 82 f.).

14 Die Bevorzugung erschöpft sich auf den juristischen Bereich, indem Sondernutzungsrechte ausschliesslicher Natur sind, andere Miteigentumsanteile somit beschränken. Infolge der grundsätzlichen Entgeltlichkeit ihrer Einräumung erscheint der Berechtigte finanziell nicht als bevorzugt.

15 Alle gemeinschaftlichen Nebenräume sind aufzuführen, ansonsten die, allerdings praktisch bedeutungslose (Romang, Teil 8, 3.3. S. 2), Vermutung der Sonderrechtlichkeit Platz greift, Art. 712b Abs. 3 ZGB.

16 Art. 712b Abs. 3 ZGB.

17 Die Stellungnahmen in der Literatur sind sehr dünn gesät: Weber, S. 211 f.; Romang, Teil 8, 3.4. S. 4.

fung bedarf gemäss Art. 712g Abs. 3 ZGB der qualifizierten Beschlussfassung mit dem Mehr an Köpfen und Anteilen.

Nach deutschem Recht¹⁸ hingegen lässt sich die Gebrauchsregelung nur durch Vereinbarung aller Wohnungseigentümer, m.a.W. einstimmig, treffen. Eine solche Normierung hat ihre Wurzeln in der konsequenten Umsetzung des Gemeinschaftsgedankens: Die kompromisslos durchgesetzte Anteilsberechtigung sämtlicher Wohnungseigentümer am gesamten Gemeinschaftsgut verträgt sich mit einer Beeinträchtigung durch blossen Mehrheitsbeschluss nicht.

3) Weder eine qualifizierte Beschlussfassung nach Köpfen und Anteilen, noch das Erfordernis der Einstimmigkeit, werden der Eigentümlichkeit der Sondernutzung gerecht. Beide Verfahrensarten beachten, jede auf ihre Weise, die mithin entscheidende Bedeutung, welche einem Sondernutzungsrecht zukommen kann, zu wenig.

Im Falle der Einstimmigkeit resultiert eine zu starre Lösung. Es besteht insbesondere die Gefahr, dass die Begründung eines an sich sinnvollen Sondernutzungsrechtes an einer, u.U. sachlich nicht einmal begründeten, Gegenstimme scheitert. Demgegenüber führt das Genügen eines qualifizierten Mehrs zur unbefriedigenden Labilität bestehender Sondernutzungsrechte.

Bei der Festlegung des Quorums für Beschlüsse betreffend der Gebrauchsregelung zog der Gesetzgeber nicht mit in Betracht, dass auch exklusive Benutzungsrechte von grosser Wichtigkeit eingeräumt werden können. Er berücksichtigte demnach den Interessengegensatz zwischen dem Berechtigten und den übrigen Gemeinschaftern in keiner Weise, belies m.a.W. den Berechtigten gegenüber Mehrheitsbeschlüssen relativ schutzlos. Andererseits überzeugt auch die Ausgestaltung des Schutzes der anderen Stockwerkeigentümer nicht, werden diese doch dem Risiko ausgesetzt, auf Grund qualifizierter Mehrheitsbeschlüsse überstimmt und von der Benutzung gewisser gemeinschaftlicher Teile vollständig ausgeschlossen zu werden.

18 Weitnauer § 15 Rz 2e; Weber, S. 210.

4) Geeignet wäre m.E. folgende Zwischenlösung. Schaffung und Aufhebung eines Sondernutzungsrechts wirken sich letzten Endes auch auf die Wertquoten der anderen Stockwerkeigentümer aus¹⁹. Es wäre deshalb naheliegend, sich gleich auch bezüglich des Sondernutzungsrechts selbst dieses Quorums²⁰ zu bedienen. Naheliegend namentlich auch zwecks Vermeidung von Ungeheimheiten: Werden nämlich anlässlich der Beschlussfassung betreffend des Sondernutzungsrechts nach den Regeln von Art. 712g Abs. 3 ZGB "unmittelbar Beteiligte" i.S. von Art. 712e Abs. 2 ZGB überstimmt, steht es diesen im Quotenänderungsverfahren gemäss Art. 712e Abs. 2 ZGB offen, die Änderung in Ermangelung ihrer Zustimmung zu verunmöglichen.

Durch die Anwendung der Vorschriften aus dem Quotenänderungsverfahren wären die abstimmungstechnische Koordination und Flexibilität bei der Einrichtung von Sondernutzungsberechtigten erreicht. In Kauf zu nehmen wäre die Unmöglichkeit, solche Rechte ohne Zustimmung der begünstigten Person zum Erlöschen zu bringen.

19 Die Wertquoten berechnen sich nicht allein nach Massgabe der Grundflächen der Stockwerke (sog. "rohe Wertquote"), sondern durch Verfeinerung dieses rein rechnerischen Wertes mittels verschiedener Koeffizienten. Unter diesen figuriert auch die Aufwertung durch Sondernutzungsrechte. Wird ein solches eingeräumt resp. aberkannt, ändern zwangsläufig alle Quoten, deren Total immer dem Gesamtwert der Liegenschaft entsprechen muss (Romang, Teil 8, 4.5.).

20 Art. 712e Abs. 2 ZGB.

3. Weitere Berechtigungen

1) Der Kreis der Miteigentümer einer zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Liegenschaft ist zahlenmässig vorgezeichnet durch die Anzahl ausgeschiedener Stockwerkeinheiten. Die Lage bezüglich der Sonderrechte erweist sich wegen deren unlösbarer Verknüpfung mit den Miteigentumsanteilen als gleich; die Berechtigten sind mit den Miteigentümern identisch.

2) Die freie Veräusserung von sonderrechtlichen und gemeinschaftlichen Teilen ist innerhalb der gesetzlichen¹ und der seitens der Gemeinschaft selbst statuierten² Schranken zulässig. Gleiches gilt hinsichtlich beliebiger Belastungen; auch sie können sowohl sonderrechtliche als auch gemeinschaftliche Teile betreffen. Unterschiede bestehen bei der Entscheidungskompetenz, welche im einen Fall beim Stockwerkeigentümer allein, im andern bei der Gemeinschaft liegt. Ohne Bedeutung ist hingegen, ob der Berechtigte ein Stockwerkeigentümer der gleichen Gemeinschaft oder ein Dritter sei.

1 Der Erwerb von Stockwerkeigentum unterliegt selbstverständlich der Bewilligungspflicht der "Lex Friedrich", SR 211. 412. 4.

2 Im Rahmen ihrer persönlichen Freiheit können die Stockwerkeigentümer die freie Verfügbarkeit der Einheiten durch Einräumung gegenseitiger Einspracherechte, aber auch durch Gewährung von Vorkaufsrechten einschränken (Art. 712c ZGB). Weitere Massnahmen sind, obwohl nicht ausdrücklich im ZGB erwähnt, erlaubt.

§ 5 PARTEI- UND PROZESSFÄHIGKEIT

1. Prozessvoraussetzungen (im allgemeinen)

1.1. Begriff und Funktion

1) Es hat sich, seit der eigentlichen Begründung der Lehre von den Prozessvoraussetzungen¹, ein mehr oder minder einheitliches Begriffsverständnis entwickelt; Abweichungen treten nur noch sehr vereinzelt auf². Nach heute herrschendem Verständnis stellen diejenigen Bedingungen begrifflich Prozessvoraussetzungen dar, deren Nichtverwirklichung die Ausfällung eines Sachurteils zu verhindern vermag. Sie werden deshalb auch Sachurteils-Voraussetzungen⁴ genannt.

2) Die Nichterfüllung von Prozessvoraussetzungen wirkt sich auf das Prozessrechtsverhältnis⁵ zwischen den Parteien und dem Gericht nicht aus.

- 1 Bülow, Otto, Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen, 1868 (zit. in Reich, § 2 Anm. 10 und Guldener, § 26 Anm. 1).
- 2 Als vielzitiertes Beispiel sei die ZPO des Kantons Wallis angeführt, welche auch die Sachlegitimation noch als Prozessvoraussetzung verstanden haben will; vgl. Walder, § 25 Anm. 4 a.E.
- 3 Zur Unterscheidung von Sach- und Prozessurteil, vgl. Guldener, § 23 VI 1. und 2., § 28 A I; Walder § 25; Vogel § 34; Grunsky, in ZZP Bd. 80 (1967), S. 55 ff. Fehlt es an einer oder mehreren Prozessvoraussetzungen, ergeht ein Prozessurteil; wird über den eingeklagten Anspruch materiell entschieden, geschieht dies hingegen durch Sachurteil.
- 4 Guldener, § 26 I S. 220; Sträuli/Messmer, § 108 Rz 1; Sträuli, S. 25; Reich, S. 9; Kummer, § 21. 1. würde statt Prozessvoraussetzungen den Begriff der Sachentscheidungsvoraussetzung vorziehen; er erachtet generell die in BZP § 27 Abs. 2 und § 30 Abs. 1 ("Prozessmangel" resp. "prozessuale Zulässigkeit der Klage") gewählte Formulierung als präziser.
- 5 Unter der Bezeichnung "Prozessrechtsverhältnis" werden diejenigen Rechtsbeziehungen zusammengefasst, welche in erster Linie zwischen Parteien und dem Gericht, ausserdem aber auch zwischen den Parteien untereinander (a.M. Guldener, § 6 II), entstehen. Letzterer Gedanke findet speziell in der deutschen Zivilprozessrechtslehre Beachtung, wenn auch die ganze Problematik, ob den Beteiligten bloss Rechte oder auch Pflichten resp. Lasten und Obliegenheiten entstehen, etwas in den Hintergrund gerückt ist (Konzen, Horst, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, Schriften zum Verfahrensrecht, Bd. 44, Berlin 1976, S. 20). Zum Ganzen, vgl. Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 13. A., München 1981, § 2 I–III; Konzen, a.a.O., S. 42 ff.; Vogel, S. 24 Rz 8; Walder, § 1 Rz 2.

Selbst in Ermangelung aller Voraussetzungen kommt es grundsätzlich zum Eintritt der Rechtshängigkeit, kann das Prozessrechtsverhältnis gleichwohl entstehen⁶. Es obliegt letztlich dem angerufenen Gericht, darüber zu entscheiden, ob die streitige Angelegenheit, und somit auch das Prozessrechtsverhältnis, durch ein materielles (Sach-)Urteil bereinigt werden kann⁷.

1.2. Arten

1) Die Lehre unterscheidet im wesentlichen drei Gruppen⁸ von Prozessvoraussetzungen, deren wichtigste § 108 ZPO aufzählt⁹: Im Bereich des Gerichtes heisst es nebst der Zuständigkeit auch die Zulässigkeit des Rechtsweges¹⁰ überhaupt zu beachten. Auf seiten der Parteien gilt das Hauptaugenmerk der Partei- und Prozessfähigkeit sowie der Berechtigung allfälliger Vertreter, während vom Streitgegenstand her die Richtigkeit der Prozessart und die gehörige Einleitung des Verfahrens zu beurteilen sind.

2) Die Zivilprozessordnungen regeln die zu überprüfenden Prozessvoraussetzungen nicht abschliessend. Zu den explizit genannten treten, mit unterschiedlicher lokaler Gewichtung, weitere Punkte hinzu: Es kann sich dabei um das Rechtsschutzinteresse¹¹, die Postulationsfähigkeit oder, im summarischen Verfahren, die Liquidität des Rechtsbegehrens¹² handeln. Es bleibt weitgehend dem jeweiligen Gericht überlassen, ob es, über das gesetzliche Mindestmass hinaus, das Vorliegen weiterer Prozessvoraussetzungen überprüfen will.

6 Vogel, § 33 I Rz 71; Walder, § 8 Anm. 31; Sträuli, S. 25. Mängel an Prozessvoraussetzungen haben hinsichtlich der Rechtshängigkeit nur dann Folgen, wenn die nicht ordnungsgemässe Klageerhebung den Eintritt der Rechtshängigkeit hindert; vgl. Guldener, § 27 II. 4; Sträuli/Messmer, § 108 Rz 10; Sträuli, S. 27 (Anm. 49).

7 Vgl. Reich, S. 9.

8 Guldener, § 26 I.

9 Sträuli/Messmer, § 108 Rz 2–5.

10 Nur der privat-, nicht auch der öffentlichrechtliche Anspruch darf vor Zivilgericht gebracht werden; vgl. Sträuli/Messmer, § 108 Rz 2 mit Verweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

11 Kummer, § 21. 1.; Sträuli, S. 30.

12 Walder § 25 Rz 4, Sträuli, S. 33.

1.3. Prüfungskompetenz

1) Alle Prozessvoraussetzungen haben anlässlich der Sachurteilsfällung¹³ erfüllt zu sein. Einzig die Zuständigkeit des Gerichts muss bereits zur Zeit der Klageerhebung vorliegen¹⁴ — die übrigen Bedingungen dürfen grundsätzlich unbeschadeterweise auch erst während des Prozessverlaufs eintreten¹⁵.

In der Regel sind die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen¹⁶, und zwar zu Beginn des Verfahrens¹⁷. Unbestrittenermassen stehen auch den Parteien während des gesamten Verfahrens in Form von Einreden die Mittel zur Verfügung, eine erneute Abklärung zu veranlassen¹⁸.

2) Die Prüfungskompetenz liegt beim angerufenen Gericht selbst¹⁹. § 108 ZPO legt entsprechende Rechte und Pflichten²⁰ fest, und § 116 ZPO ermächtigt das Gericht sogar, im Falle zu erwartender Vereinfachung eines Prozesses über die Prozessvoraussetzungen gesondert zu verhandeln. Ein dahingehender Antrag kann auch von seiten einer Partei erfolgen²¹.

13 Guldener, § 26 V; Kummer, § 21. 2.; Vogel, § 33 I Rz 85 f.

14 BGE 90 II 215; vgl. Guldener, § 26 V Anm. 55.

15 Vgl. oben Anm. 13.

16 Sträuli/Messmer, § 108 Rz 8; Vogel, § 33 I Rz 78; Guldener, § 26 III. 2. und IV. 3., § 17 III.

17 § 108 ZPO: "(...) nach Eingang der Klage", d.h. gegebenenfalls auch vor Eintritt der Rechtshängigkeit, vgl. ZR 68 Nr. 94; vgl. oben Anm. 6. Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen zu überprüfen ist jedoch auch im Verlauf des Prozesses eine ständige Pflicht des Gerichts, vgl. Sträuli/Messmer, § 108 Rz 11; Sträuli, S. 26.

18 Sträuli/Messmer, § 108 Rz 9; zu den nur auf entsprechende Parteieinrede hin beachtlichen sog. Prozesshindernissen, vgl. Guldener, § 26 III. 2.; Sträuli, S. 30.

19 Reich, S. 12.

20 Guldener, § 26 IV. 3; Vogel, § 21 Rz 105 (Kompetenz-Kompetenz).

21 Gegen den diesbezüglichen prozessleitenden Entscheid ist die Nichtigkeitsbeschwerde einziges Rechtsmittel (§ 282 Ziff. 2 ZPO); Sträuli/Messmer, § 116 Rz 1; Vogel, § 33 I Rz 83.

1.4. Konsequenz eines Mangels

Fehlende Prozessvoraussetzungen verunmöglichen die Ausfällung eines Sachurteils²². Eine dahingehende Erkenntnis führt zu einem Prozess-Endurteil, welches auf "Nichteintreten"²³ lautet. Ein Prozess-Zwischenurteil hingegen ergeht, falls die überprüfte Prozessvoraussetzung als gegeben erachtet wird. Es lautet auf "Verwerfung der Einrede"²⁴.

Solche Prozessurteile werden gemäss der meisten Prozessordnungen keiner materiellen Rechtskraft teilhaftig²⁵. In diesem Sinn umreissen auch § 191 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO (i.V.m. § 188 Abs. 2 ZPO) deutlich den Kreis der Urteile und Erledigungsentscheide, welche materieller Rechtskraft fähig sind, ohne Einbezug der Prozessurteile²⁶.

22 Vgl. oben § 5 1.1.

23 Analog "Von-der-Hand-Weisung", Vogel, § 33 I Rz 87. Gemäss Terminologie in § 188 ZPO handelt es sich hierbei um einen Beschluss resp. eine Verfügung; vgl. Sträuli/Messmer, § 188 Rz 10: "Erledigungsbeschluss". Fehlt allerdings eine Prozessvoraussetzung auf seiten der beklagten Partei, ist dieser Mangel zu beheben und der Prozess fortzusetzen; vgl. unten § 5. 5.4.3.

24 Vogel, § 33 I Rz 88; ein solches Urteil bewirkt bei vorheriger Beschränkung des Prozessthemas i.S. von § 116 ZPO die nunmehrige Ergänzung des Verfahrens.

25 Vogel, § 37 II Rz 76; Guldener, § 43 III. 5 S. 281, billigt Prozessurteilen immerhin zu, "der materiellen Rechtskraft (an sich) zugänglich" zu sein. Er macht ausserdem Ausführungen betreffend der eng begrenzten Rechtskraftwirkungen in solchen Fällen, vgl. a.a.O., Anm. 77.

Eine andere Ansicht vertritt Walter J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrecht, Basel 1986, S. 221 (vgl. bereits in SJZ 74 (1978), S. 204): Er hält dafür, es sei auch Prozessentscheiden materielle Rechtskraft zuzuerkennen, wenn auch "beschränkt auf die Zuständigkeitsfrage". Dies folge bereits aus dem richtigen Verständnis des Streitgegenstandes und lasse sich durch eine zutreffende Auslegung der § 191 und 192 ZPO, welche auf dem Gesetz und nicht auf den Motiven zur ZPO beruhe, herleiten.

26 Guldener, § 43 III. 5. S. 281: "Soweit die Frage ausdrücklich geordnet ist, wird ihnen keine materielle Rechtskraft beigelegt."

2. Rechts- und Handlungsfähigkeit, insbesondere der Gemeinschaft

2.1. Einleitung

1) Die Einführung des Stockwerkeigentumsrechts 1965 hat die erhoffte rechtliche Stabilisierung herbeigeführt. Der wirtschaftliche Erfolg des neuen Rechtsinstitutes¹ vermag jedoch nicht über das Versäumnis des Gesetzgebers hinwegzutäuschen, das Verhältnis der beteiligten Rechtssubjekte untereinander, resp. gegenüber der Sache und Dritten, klarzustellen und in das gegebene Rechtsgefüge einzupassen.

2) Die hauptsächlichsten Probleme tauchten seit jeher im Umgang mit der schwer fassbaren Gemeinschaft auf. Ihre Konstruktion, obwohl derjenigen der Kollektivgesellschaft bewusst nachempfunden², erwies sich als zu wenig eindeutig. Die Grundlagen aus dem Recht der Kollektivgesellschaft erfuhren Abänderungen und stellten sich infolge der unterschiedlichen Interessenlage im Stockwerkeigentumsrecht als instabile Basis heraus. Sollte einerseits die Rechtsstellung des Stockwerkeigentümers, aus psychologischen Gründen, aufgewertet werden, verlangte andererseits auch die Zuweisung verschiedenster Rechte und Pflichten an die Gemeinschaft nach deren Stärkung — eine herkömmliche Kollektivgesellschaft konnte einem so vielschichtigen Anforderungsprofil nicht gerecht werden.

2.2. Handlungsfähigkeit im allgemeinen

2.2.1. Begriff

Handlungsfähigkeit findet für die natürliche und die juristische Person die Legaldefinition in Art. 12 ff. und Art. 54 ff. ZGB. Die Lehre umschreibt sie als Fähigkeit, "durch eigene Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen, zu

1 Vgl. dazu Friedrich, Bewährung S. 66 ff.

2 Botschaft, S. 1492; Art. 562 OR.

gestalten oder aufzuheben“³, m.a.W. durch ein bestimmtes Verhalten rechtliche Veränderungen herbeizuführen⁴. Das Verhalten hat auf eigenem Antrieb der betreffenden Person zu gründen und soll deren eigenes Handeln und Wollen darstellen^{5,6}.

2.2.2. *Inhalt und Funktion*

Das ZGB fixiert eine solcherart umfassende Handlungsfähigkeit begrifflich nicht ausdrücklich, regelt dafür aber die beiden Ausgestaltungen der Geschäftsfähigkeit⁷ und der Deliktsfähigkeit⁸ näher. Die zivilprozessuale Handlungsfähigkeit kommt in der Prozessfähigkeit zum Ausdruck⁹.

Die Handlungsfähigkeit suggeriert Veränderungen und Dynamik im Recht¹⁰. Bestimmte Verhaltensweisen lassen sich handlungsfähigen Personen oder sonstigen Rechtsgebilden zurechnen¹¹. Die Handlungsfähigkeit bildet demzufolge das Verbindungsglied¹² zwischen Rechtssubjekten und subjektiven Rechten und Pflichten, ohne aber selbst ein subjektives Recht darzustellen¹³. Ihre Anordnung ist ein organisatorischer¹⁴ Akt und schafft zwingendes Recht; separate Vereinbarungen betreffend ihrer Einschränkung oder Erweiterung

3 Pedrazzini, S. 54; Kunz, S. 10 (“generelle Kompetenz (...) zur Rechtsausübung schlechthin”); Müller-Freienfels, S. 181.

4 Bucher, Vorbem. zu Art. 12–19 Rz 1.

5 Grossen, SPR II S. 312.

6 Auf die Tatsache, dass juristische Personen auf Grund von Art. 53 ZGB gegenüber natürlichen Personen in ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit eingeschränkt sind, sei an dieser Stelle bloss hingewiesen, aber nicht näher eingetreten; vgl. Tuor/Schnyder, § 15 I c 2.

7 Art. 12 ff. ZGB; der Handlungsfähige vermag bestimmte Rechtsgeschäfte mit dem Erfolg abzuschliessen, dass die gewünschte Rechtswirkung auch eintreten kann (Tuor/Schnyder, § 9 II S. 68); vgl. Kunz, S. 10.

8 Handlungsfähigkeit bedeutet auch Einstehenmüssen für widerrechtlich zugefügten Schaden, Art. 19 Abs. 3 ZGB (Tuor/Schnyder, § 9 II S. 68).

9 BGE 98 I a 324; Grossen SPR II S. 312; vgl. unten § 5. 3.3.

10 Kunz, S. 11.

11 Pedrazzini, S. 28.

12 Kunz, S. 13.

13 Sie kann somit auch unmöglich Gegenstand der Leistungs- oder Feststellungsklage bilden (Bucher, Vorbem. zu Art. 12–19 Rz 4; Kunz, S. 11).

14 Kunz, S. 14.

entfalten lediglich insoweit Wirkungen, als sie die Regelung einer allfälligen Schadenersatzpflicht vorwegnehmen¹⁵.

2.3. Rechtsfähigkeit im allgemeinen

1) "Rechtsfähig ist jedermann". Art. 11 ZGB hält in geradezu programmatischer, allgemeiner Formulierung¹⁶ fest, auf der Ebene der "Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben", keinerlei Unterschiede und Abstufungen zulassen zu wollen¹⁷. Art. 53 ZGB erweitert den Kreis der rechtsfähigen Subjekte, indem auch die juristischen Personen als grundsätzlich aller Rechte und Pflichten fähig erklärt werden.

2) Die so verstandene Rechtsfähigkeit lässt sich in gewissen Fällen nur mittels einer Fiktion widerspruchsfrei darstellen. Sie bezieht sich nicht auf die Innehabung faktischer, konkreter (subjektiver¹⁸) Rechte und Pflichten, sondern meint vielmehr generell die formale Zurechenbarkeit¹⁹. Dieses heute als vorherrschend zu bezeichnende Verständnis steht im Gegensatz zur normativen Auslegung von Art. 11 Abs. 2 ZGB, welche gestützt auf die doppelseitige Natur der Rechtsfähigkeit zum Ergebnis der "Fähigkeit, Träger von Normsetzungsbefugnissen und Adressat von Rechtsnormen zu sein", führt²⁰. Es bedient sich des Kunstgriffes, die gesetzliche Formulierung leicht zu modifizieren, was allerdings der Logik der Rechtsordnung nur förderlich ist: Die fiktive Zurechenbarkeit wirkt erfolgreich denjenigen Argumenten entgegen,

15 Bucher, Vorbem. zu Art. 12–19 Rz 6; Kunz, S. 14.

16 Bucher, Art. 11 Rz 2; Gutzwiller, S. 472: Es stellt "die Rechtsfähigkeit vorläufig nur ein Blankett (dar), eine Proklamation, eine potentielle Eigenschaft, dass man keinem Menschen die Möglichkeit bestreitet, am Rechtsleben gegebenenfalls teilzunehmen."

17 Vgl. Tuor/Schnyder, § 9 I S. 65.

18 Bucher, Art. 11 Rz 8 und 27.

19 Bucher, Art. 11 Rz 27 und 44 betreffend der Rechtsfähigkeit handlungsunfähiger und juristischer Personen; vgl. auch Rey, Strukturen S. 263.

20 Bucher, Art. 11 Rz 9 f. mit Verweisen auf weitere Literatur; Zierl, S. 113.

welche sich gegen das blosse, schwer fassbare "Haben" von Rechten und Pflichten wenden^{21,22}.

3) In der aktuellen Lehre findet fast ausschliesslich die sog. dualistische Lehre Anwendung. Diese kennt einzig zwei Extreme, nämlich Rechtsfähigkeit oder Rechtsunfähigkeit. Die Existenz von Zwischenabstufungen wird verneint²³, weshalb Rechtsfähigkeit effektiv ausschliesslich natürlichen und gewöhnlichen juristischen Personen zukommen kann.

2.4. Gegenseitiges Verhältnis

Betreffend des gegenseitigen Verhältnisses von Rechts- und Handlungsfähigkeit herrscht keine Einigkeit. Vertreter der neueren Lehre neigen richtigerweise vermehrt zur Ansicht, es bestehe eine ausserordentlich starke Verbindung. Sinnvollerweise gehen sie davon aus, die Rechtsfähigkeit sei "Voraussetzung und in gewisser Hinsicht Bestandteil der Handlungsfähigkeit"²⁴. Folglich ist die Rechtsfähigkeit Grundlage der Handlungsfähigkeit²⁵, ein Umstand, welcher

21 Vgl. insbesondere das "Haben" handlungsunfähiger Personen (Bucher, Art. 11 Rz 11 und 16).

22 Kunz, S. 12, nimmt eine weitergehende Differenzierung vor. Nach seiner Ansicht beantwortet die Rechtsfähigkeit lediglich die Frage, ob ganz allgemein die Voraussetzungen zur Innehabung von Rechten erfüllt seien. Diese abstrakte Interpretation basiert auf Engländer, S. 81, welcher von Rechtssubjekten im potentiellen Sinn (vgl. auch Müller-Freienfels, S. 185 mit Hinweisen auf Sauer, Wilhelm, Juristische Methodenlehre (1940), S. 466), von "Empfänglichkeit für Wirkungen der Rechtsordnung überhaupt", sprach. Im konkreten Einzelfall, so Kunz, aktualisiere sich die Rechtsfähigkeit als Rechtszuständigkeit, m.a.W. als Zuordnung bestimmter Berechtigungen und Verpflichtungen (Rechtsobjekt) zu einem Rechtssubjekt. Bevor die Rechtsfähigkeit nicht bejaht werden kann, lasse sich Rechtszuständigkeit nicht überprüfen; ähnlich auch Holenstein, S. 6 f.

23 Vgl. die kurze Darstellung bei Mengiardi, S. 39.

24 Pedrazzini, S. 51; weniger eindeutig Holenstein, S. 17, nach dessen Meinung grundsätzlich auch die Handlungsfähigkeit die Rechtsfähigkeit nicht voraussetzt. Er kommt aber letztlich ebenfalls zum Schluss, dass die "Vorstellung des rechtsunfähigen Handlungsfähigen (...) den modernen Rechtsordnungen allerdings fremd" ist; es könne "in unserer Rechtsordnung niemand nur handlungsfäh sein (...), ohne nicht auch gleichzeitig die Rechtsfähigkeit zu besitzen".

25 Pedrazzini, S. 55; ähnlich auch Gutzwiller, SPR II S. 472, welcher die beiden Rechtsinstitute als unmittelbar zusammengehörig bezeichnet und sogar die Existenz der Handlungsfähigkeit ohne Rechtsfähigkeit als unmöglich erachtet; Mengiardi, S. 35.

m.E. den Schluss von gegebener Handlungs- auf entsprechende Rechtsfähigkeit zu rechtfertigen vermag.

Es wird von niemandem bestritten, dass die Handlungsfähigkeit grundsätzlich nicht allumfassend ist. Sie ist, im Gegensatz zur Rechtsfähigkeit, eine ausgesprochen variable, subjektive Eigenschaft, welche von gewissen Voraussetzungen abhängt und tatsächlich meist auf die eine oder andere Art beschränkt²⁶ vorkommt.

2.5. Stufenfolge der Personenverbindungen

1) Gesetzgebung und Lehre verfahren bei der Verleihung der Handlungsfähigkeit um vieles flexibler als im Umgang mit der Rechtsfähigkeit. So existieren nicht nur entweder Handlungsfähigkeit oder eben Handlungsunfähigkeit, sondern es wurde auf dem Wege variabler Teilzugeständnisse hinsichtlich der Handlungsfähigkeit eine komplexe Stufenfolge von Personenverbindungen entwickelt. Diese erstreckt sich von der Miteigentümergeinschaft in vielen Zwischenschritten bis hin zur juristischen Person; "von Stufe zu Stufe erweitert sich die Kollektivsphäre, bis sie in der juristischen Person zur vollen Herrschaft gelangt"²⁷.

2) In bezug auf die Handlungsfähigkeit innerhalb gesetzlich gesteckter Grenzen können gewisse Personenverbindungen²⁸ als Einheiten betrachtet werden; sie vermögen eigene Rechte und Pflichten zu begründen. Diese unbestrittene Ansicht findet jedoch, entgegen dahingehender Forderungen Livers²⁹, keine Parallele auf der Ebene der Rechtspersönlichkeit; eine abgestufte Verdichtung zur Rechtsperson wird nicht anerkannt. Die Frage drängt sich geradezu auf: Wer soll denn die von teil-handlungsfähigen, jedoch rechtsunfähigen Gemeinschaften begründeten Rechte und Pflichten "haben"? Muss, angesichts des erwähnten Zusammenhangs zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit, nicht auch die beschränkte Rechtsfähigkeit anerkannt werden?³⁰

26 Vgl. oben Anm. 7; Pedrazzini, S. 55.

27 P. Liver, Gemeinschaftliches Eigentum, ZbJV 1964 S. 261, zit. in Weber, Prozessfähigkeit S. 118 Anm. 5, und Mengiardi, S. 41.

28 So nach einhelliger Meinung und gesetzlicher Vorschrift auch die Stockwerkeigentümergeinschaft, Art. 712 I ZGB; anstatt vieler: Rey, Strukturen S. 261 ff.

29 P. Liver, zit. in Anm. 27.

30 Vgl. unten § 5. 2.6.4.

2.6. Rechts- und Handlungsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft

2.6.1. Gesetzliche Regelung

1) Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist handlungsfähig. Art. 712 I ZGB präzisiert unter dahingehender Marginalie, dass es sich allerdings bloss um beschränkte³¹ Handlungsfähigkeit handelt³². Hauptschranke bildet die Vermögensfähigkeit, welche sich bloss auf dasjenige Vermögen, welches sich aus gemeinschaftlicher Verwaltungstätigkeit ergibt, erstreckt. Entsprechend begrenzt sind auch die aktive und passive³³ Klage- und Betreibungsfähigkeit, welche der Gemeinschaft die realistische Teilnahme am Rechtsleben ermöglichen sollen³⁴.

2) Die Gemeinschaft kann ihre Tätigkeit innerhalb des vorgegebenen Spielraumes nach freiem Willen³⁵ entfalten; ihre Haftung für gemeinschaftliche Schulden ist durch das Gemeinschaftsvermögen sichergestellt³⁶. Sie stellt in dieser Form, nebst Kommandit- und Kollektivgesellschaften, das meistgenannte Beispiel für die gesetzliche Möglichkeit dar, einem an sich rechtsun-

31 So auch die Meinung der herrschenden Lehre: Botschaft, S. 1491 und S.1518; Liver, SPR V/1 S. 106 ff.; Frei, S. 27 und S. 31; Weber, Prozessfähigkeit S. 118.

32 Die Handlungsfähigkeit bezieht sich immer auf bestimmte Handlungen. Ihre An- oder Aberkennung beurteilt sich ausserdem auch gemäss der subjektiven Fähigkeiten resp. Mängel des fraglichen Rechtssubjektes; vgl. Pedrazzini, S. 55 (vgl. dagegen die Differenzierung bei Kunz, § 4).

33 Das Forum liegt am Ort der gelegenen Sache, Art. 712 I Abs. 2 ZGB; vgl. unten § 6.2.3.1.

34 Sämtliche Handlungen nimmt die Gemeinschaft unter eigenem Namen vor, Art. 712 I ZGB.

35 Meinungs- und Willensbildung findet grundsätzlich in der Versammlung der Stockwerkeigentümer statt, Art. 712m ZGB; vgl. hierzu Studer, Peter, Zur Willensbildung der Gemeinschaft der Mit- und Stockwerkeigentümer, Diss. Zürich 1964; vgl. auch unten § 5.5.4.2.3.

36 Für Gemeinschaftsschulden haftet einzig das Verwaltungsvermögen, welches sich u.a. aus Ansprüchen auf Beitragszahlungen gegenüber den Stockwerkeigentümern zusammensetzt. Jeder Beitragspflichtige (Art. 712h Abs. 1 ZGB) haftet anteilmässig, grundsätzlich persönlich und unbeschränkt, aber stets indirekt. Eine direkte Haftung oder Solidarität gegenüber Gemeinschaftsgläubigern besteht nicht. Vgl. Frei, S. 71 ff., insbes. S. 75; Friedrich, Regl. § 45 Rz 1; Liver, SPR V/1 S. 94; a.M. Ch. Müller, S. 55 (unbegrenzte Nachschusspflicht, auch bei Zahlungsunfähigkeit anderer Gemeinschaftler); unten Anm. 64.

fähigen Gebilde Handlungs³⁷ und Prozessfähigkeit^{38,39} zu verleihen. Mit der Feststellung, dass sich die herrschende Lehre⁴⁰ gegen die Rechtspersönlichkeit der Gemeinschaft ausspricht, könnte es diesbezüglich sein Bewenden haben⁴¹. Im Hinblick auf die mit dieser Arbeit u.a. angestrebte Untermauerung der Rechtsposition der Gemeinschaft seien jedoch noch folgende Aspekte erörtert.

2.6.2. Verwaltungsgemeinschaft und "juristische Person"

1) Der Gedanke, eine eigentliche Verwaltungsgemeinschaft nehme die übertragenen Rechte und Pflichten wahr, wurde mancherorts formuliert⁴². Die gezogenen Konsequenzen weichen voneinander ab. Schliessen die einen Autoren auf (beschränkte) Rechtspersönlichkeit der Gemeinschaft⁴³, wird ein solches Resultat von anderen abgelehnt⁴⁴, wobei durchwegs festgestellt wird, im Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung stelle die Gemein-

37 Vgl. Bucher, Art. 11 Rz 80 ff.

38 Vgl. Sträuli/Messmer, § 27/28 Rz 2.

39 Zwar wird der Gemeinschaft i.d.R. auch Parteifähigkeit zugesprochen (so Walder, § 8 Rz 7), was allerdings angesichts der ständigen Betonung der fehlenden Rechtsfähigkeit etwas undurchsichtig wirkt; vgl. unten § 5. 3.1.

40 Meier-Hayoz, Vorbem. zu den Art. 646–654 Rz 33 f.; Frei, S. 17, S. 27 und S. 29; Weber, S. 309; ders., Prozessfähigkeit S. 117 f.; Liver, SPR V/1 S. 103; K. Müller, S. 33 f.

41 Riemer, BGer-Praxis, S. 13: Die Rechtsfähigkeit hat noch in keinem publizierten BGer-Entscheid zentrales Thema dargestellt.

42 Ch. Müller, S. 28 ff. und S. 35 ff.; Frei, S. 24; Tuor/Schnyder, § 91 IV d); Friedrich, Regl. GZ Rz 13; Liver, SPR V/1, S. 106.

43 Friedrich, Regl. GZ Rz 13; Ch. Müller, S. 33; Mengiardi, S. 44 f.

44 Frei, S. 17 f., weist auf eine neuere Lehrmeinung hin, welche Rechts- und Handlungsfähigkeit derart miteinander verbinde (vgl. oben § 5. 2.4.), dass der Stockwerkeigentümergeinschaft tatsächlich im Umfange ihrer Handlungsfähigkeit auch Rechtsfähigkeit zukäme. Mit der kaum zutreffenden Bemerkung, die rechtliche Qualifikation der Gemeinschaft sei "praktisch allerdings bedeutungslos", kommt er jedoch wegen der mehrfachen Rechtszuständigkeit zum Schluss, der Gemeinschaft gehe die Rechtspersönlichkeit ab. Obwohl er die klare Abgrenzung der Rechtsgemeinschaft von der juristischen Person befürwortet (S. 27), unterstützt Frei schliesslich aber die Auffassung, die rechtsunfähige Gemeinschaft sei aus praktischen Gründen zu behandeln, "als wäre sie eine juristische Person"; Weber, S. 110 und S. 309; ders., Prozessfähigkeit, S. 118; Meier-Hayoz, Vorbem. zu den Art. 646–654, stellt lediglich die gegenüber der blossen Miteigentümergeinschaft wesentlich verstärkte Annäherung an die juristische Person dar, ohne eigentlich auf Rechtspersönlichkeit zu schliessen; Liver, SPR V/1, S. 107.

schaft ein Gebilde dar, welches bemerkenswert körperschaftliche Züge⁴⁵ aufweise und "wie eine juristische Person" zu behandeln sei.

2) Die Einfügung des Stockwerkeigentums und, im speziellen, der Gemeinschaft in die Rechtsordnung wird wohl immer Mühe bereiten⁴⁶. Immerhin kann mit Sicherheit gesagt werden, dass Stockwerkeigentum auf dem Miteigentumsrecht aufbaut. Die Natur der Miteigentümergeinschaft als Verwaltungskörperschaft ist einleuchtend bestimmt worden, mit der Einschränkung allerdings, dass "hinsichtlich der Vermögenszuständigkeit (...) die Stufe zur juristischen Person nicht überschritten"⁴⁷ sei. Bezüglich der Vermögensfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft lauten die Argumente ähnlich, wenn auch weniger überzeugend: Die Fähigkeit, Verwaltungsvermögen zu erwerben sei zwar vorhanden, führe aber nicht zur vollständigen Aufhebung der Zuständigkeit der Stockwerkeigentümer, sondern lediglich zu ihrer Zurückdrängung⁴⁸.

3) Die Lehre teilt jedoch gerade letztere Auffassung keineswegs einhellig. So ist ausdrücklich von "beschränkter Rechtszuständigkeit" die Rede, und zutreffend wird die Gemeinschaft als Rechtsträgerin betrachtet, ausgestattet mit entsprechenden Durchsetzungsmitteln⁴⁹. Sie sei Subjekt der Zwangsvollstreckung für diejenigen Forderungen, welche aus Verwaltungstätigkeit hervorgingen⁵⁰. Dies und die weitgehende Selbständigkeit sowie "eigene Existenz" legen den Schluss nahe, man habe es mit einer juristischen Person zu

45 Vgl. Rey, Strukturen S. 262; Friedrich, Konstruktion S. 25; Liver, SPR V/1 S. 106; Weber, S. 309.

46 Friedrich, Konstruktion S. 16 Anm. 11, schliesst sich Bärmanns Meinung an, das Stockwerkeigentum stehe "im Schnittpunkt des Sachenrechts (Eigentum) mit dem Schuldrecht (personenrechtliche Gemeinschaft)"; ähnlich: Meier-Hayoz, Vorbem. zu den Art. 646–654 Rz 5.

47 Vgl. die Herleitung bei Schneider, S. 235; die Verwaltungskörperschaft zeichne sich bloss durch körperschaftliche Organisation, nicht aber durch Rechtssubjektivität, aus (a.a.O., S. 228).

48 Gemäss Rey, Strukturen S. 263, bleiben die Stockwerkeigentümer auf Grund der sachenrechtlichen Struktur des Stockwerkeigentums rechtszuständig.

49 Vgl. neuerdings Weber, Gewährleistungsansprüche S. 68 und 72.

50 Ottiker, S. 174: "Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer ist Eigentümerin desjenigen Vermögens (...)"; Liver, SPR V/1 S. 107.

tun^{51,52}. Als solche ist die Gemeinschaft in den Grenzen der gemeinschaftlichen Verwaltungstätigkeit fähig, Vermögen zu erwerben, sich mithin auch als Inhaberin des Sonderrechts an Stockwerkeinheiten im Grundbuch eintragen zu lassen⁵³.

4) Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Verwaltungsgemeinschaft hinsichtlich ihres Vermögens zurechnungsberechtigt ist. Zwischen die einzelnen Stockwerkeigentümer und Personen, welche mit der Gemeinschaft in rechtsgeschäftlichen Kontakt⁵⁴ treten, schiebt sich somit ein Rechtssubjekt mit zugehörigem, eigenem Vermögen⁵⁵. Auf den Aspekt des Aussenverhältnisses, insbesondere der Haftung, sei nachfolgend eingetreten, desgleichen auf die Frage, welche Konsequenzen sich bezüglich des Verständnisses der Rechtsfähigkeit ergeben.

2.6.3. Punktueller Vergleich mit der Kollektivgesellschaft

1) Rechtsfähigkeit äussert sich auch in Form der Vermögensfähigkeit⁵⁶. Wie bereits ausgeführt wurde, findet sich der Schluss von der (bejahten) Vermögens- auf die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft nur vereinzelt. Mit Blick auf das Recht der Kollektivgesellschaft lässt sich der Nachweis der Inkonsequenz abweichender Folgerungen erbringen.

51 Ch. Müller, S. 33 f. mit Verweisen auf Liver, Marxer S. 199.

52 Friedrich, Regl. GZ Rz 13, erachtet die Rechtspersönlichkeit als gegeben, verbindet diesen Umstand aber nicht mit der Folgerung, dass eine "juristische Person mit allen daraus zu ziehenden Folgen" vorliege. Die Bemerkung Schneiders, S. 226, in welcher er die Konstruktion relativer juristischer Personen als blossen Ausdruck einer Einheitsbehandlung ablehnt, scheint aus diesem Gesichtspunkt verständlich, wenn ihr auch nicht zuzustimmen ist.

53 Rey, Quotenänderung S. 137 f. und Weber, S. 110 f. und S. 160, mit Ausführungen dazu, welche Zweckbestimmung einer Gemeinschafts-Wohnung von der Verwaltungstätigkeit noch abgedeckt sei (vgl. Hauswartwohnung, Restaurationsbetrieb, profitorientierte Vermietung, u.a.). Zur Möglichkeit, auf Grund des gesetzlichen Pfandrechts (Art. 712i ZGB) als Subjekt der Zwangsvollstreckung aufzutreten und eine Stockwerkeinheit auf diese Art zu ersteigern, vgl. Ottiker, S. 233 und S. 246; vgl. auch Friedrich, Bewährung S. 76 f.; a.M. Ch. Müller, S. 32 f. Anm. 32.

54 Der Kontakt kann auch auf unerlaubter Handlung oder ausservertraglicher Haftung von Dritten basieren.

55 Daran ändert entgegen Rey, Strukturen S. 263, auch die Tatsache nichts, dass jeder Stockwerkeigentümer "notwendigerweise Glied dieser Gemeinschaft" ist.

56 Bucher, Art. 11 Rz 12: "Da nur der Rechtsfähige Vermögen haben kann (...)" (vgl. auch a.a.O. Rz 27).

2) Der Kollektivgesellschaft wird attestiert, mit Ausnahme "fehlende(r) Haftungsbeschränkungen für Gemeinschaftsschulden auf das Gesellschaftsvermögen (Art. 568 Abs. 1 OR)" sämtliche Kriterien einer juristischen Person zu erfüllen⁵⁷. Die weitgehende Spezialbehandlung, welche das Gesellschaftsvermögen i.S. eines Sondervermögens mit subsidiärer Solidarhaft⁵⁸ der Gesellschafter erfährt, führe dazu, die Kollektivgesellschaft intern als Gesamt-handverhältnis, im Verkehr mit Dritten aber als juristische Person zu betrachten⁵⁹.

3) Dasjenige Argument, auf Grund dessen Bucher der Kollektivgesellschaft Rechtsfähigkeit versagt, verfängt im Falle der Stockwerkeigentümergeinschaft nicht. Deren beschränkte, sinngemäss aber mit derjenigen der Kollektivgesellschaft übereinstimmende Handlungsfähigkeit⁶⁰ basiert nach herrschender Lehre auf einer grundsätzlich anderen Haftung des Gemeinschafters: Von solidarischem Einstehenmüssen für gemeinschaftliche Verwaltungsschulden ist im Stockwerkeigentumsrecht selbst keine Rede⁶¹. Die Haftung des einzelnen bleibt gemäss Art. 712h Abs. 1 ZGB stets auf seinen Kostenanteil an anfallenden Verwaltungsausgaben limitiert.

4) Im Kern der Sache besteht hingegen zwischen den gesetzlichen Haftungsordnungen des Stockwerkeigentums- und des Vereinsrechts⁶² kein Unterschied. In beiden Fällen haftet eine verselbständigte Gemeinschaft für die

57 Bucher, Art. 11 Rz 48 f. Art. 568 Abs. 1 OR sieht die persönliche, unbeschränkte und solidarische Haftung der Kollektivgesellschafter vor; abweichende Vereinbarungen der Gesellschafter entfalten lediglich intern Wirkungen (Hartmann, Wilhelm, Berner Kommentar Bd. VII/1. Abteilung, Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Art. 552–619 OR; Bern 1943; Art. 568 OR Rz 3).

58 Meier-Hayoz/Schlupe/Ott, Zur Typologie des schweizerischen Gesellschaftsrechts, ZSR 90 (1971) S. 311: Die Haftungsordnung der Kollektivgesellschaft wird durch die Subsidiarität derjenigen einer Kapitalgesellschaft angenähert: In erster Linie haftet Dritten immer das Gesellschaftsvermögen; erst sekundär darf (direkt) auf das Privatvermögen der Gesellschafter gegriffen werden.

59 Bucher, Art. 11 Rz 49.

60 Die Nähe der Stockwerkeigentümergeinschaft zur Kollektivgesellschaft wurde von den Gesetzgebern bewusst angestrebt; vgl. Botschaft, S. 1492; oben § 5. 2.1.

61 Es war im Gegenteil ein ursprüngliches Anliegen des Gesetzgebers, jede auch bloss subsidiäre Solidarität (i.S. der Kollektivgesellschaft) unter den Beteiligten tunlichst zu vermeiden; vgl. Botschaft, S. 1491; Friedrich, Regl. § 45 Rz 1; Romang, Teil 8, 12.6. S. 1; Tuor/Schnyder, § 91 IVD; K. Müller, S. 39.

62 Art. 71 Abs. 3 ZGB.

entstandenen Schulden. Sie hat aber ihrerseits intern einen klagbaren Anspruch gegen die Mitglieder auf Erbringung entsprechender individueller Beitragsleistungen. Dritte haben kein direktes Zugriffsrecht auf die Vermögen der Mitglieder, welche somit jeder direkten externen Haftung für Gemeinschaftsschulden entzogen sind^{63,64}.

5) Die Stockwerkeigentümergeinschaft wurde somit einerseits hinsichtlich der Handlungsfähigkeit der Kollektivgesellschaft nachgebildet, welche bloss ihrer besonderen Haftungsordnung wegen nicht den juristischen Personen zugerechnet wird⁶⁵. Andererseits kommt bezüglich der Stockwerkeigen-

63 Egger, Art. 71 Rz 7.

64 Zur Haftung des Stockwerkeigentümers für Gemeinschaftsschulden, vgl. oben Anm. 36 und 60; ausserdem Frei, S. 71 ff. Erwähnt sei, dass auch eine hievon abweichende Auffassung schon vertreten wurde (Friedrich, Regl. § 45 Rz 3 und Ottiker, S. 250). Ohne Begründung wollen die beiden Autoren dem Drittgläubiger das Recht zugestehen, anstatt der Gemeinschaft direkt einzelne Stockwerkeigentümer anteilmässig ins Recht zu fassen; den betroffenen Stockwerkeigentümern soll dabei die Einrede der Vorausklage nicht zustehen.

Diese Forderung steht in offensichtlichem Widerspruch zur gesetzlichen Ausgestaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft und bedeutet eine willkürliche Ausschaltung resp. Umgehung der "Gemeinschaft als Trägerin der Haftung" (Frei, S. 74). Das von Friedrich, a.a.O., postulierte Wahlrecht setzt sich unbekümmert über die körperschaftliche Natur der Gemeinschaft hinweg. Der Ausgangspunkt ("Obwohl die Gemeinschaft keine Rechtspersönlichkeit besitzt (...)") steht ausserdem im offenen Widerspruch zu anderen Aussagen im gleichen Werk (Regl. GZ 13: "In diesem Umfange kommt der Gemeinschaft Rechtspersönlichkeit zu, (...)").

Noch weiter will Ottiker, S. 250 ff., gehen, indem er den Drittgläubiger kumulativ sowohl gegen die Gemeinschaft als auch gegen die Stockwerkeigentümer vorgehen lassen will. Er nimmt bewusst in Kauf, dass zwei Parallelverfahren in Gang gesetzt und die Schulden u.U. doppelt bezahlt werden. Diese Ansicht begünstigt unbegründeterweise Dritte über die Massen und leistet der Rechtsunsicherheit Vorschub. Im übrigen setzt auch sie sich über den Gesetzestext hinweg, welcher nicht Dritte, sondern die Gemeinschaft zur Gläubigerin anteilmässiger Beitragsforderungen der Stockwerkeigentümer macht (Art. 712i Abs. 1 i.V.m. Art. 712h Abs. 1 und Art. 712i Abs. 1 ZGB). Der Gläubiger ist laut Gesetz nur dazu ermächtigt, die Beitragsforderungen der Gemeinschaft gegenüber deren Mitglieder zu pfänden (Art. 712i Abs. 2 ZGB); vgl. Liver, SPR V/1 S. 107.

65 Vgl. oben, insbes. Anm. 57.

Zieler fordert, man solle "Farbe bekennen" und endlich "die Personengesellschaften des Handelsrechts (OHG und KG) unter die juristischen Personen einreihen". Er wendet sich in einer der rechtlichen Situation unserer Kollektivgesellschaft äusserst nahe verwandten Konstellation gegen ein Abstellen auf haftungsbegründende Normen. Diese ändern nichts an der Rechtsnatur des Gebildes, sondern schaffen lediglich "zusätzliche Absicherungen für die Geschäftspartner (...)". Wenn sie (die OHG und KG) überhaupt in der Lage sind, wie juristische Personen in Erscheinung zu treten, müssen sie eben dieselben Qualifikationen aufweisen".

tümergeinschaft eine Haftungsordnung zur Anwendung, welche derjenigen einer Körperschaft, des Vereins, entspricht – der Schluss auf körperschaftliche Rechtsnatur der Gemeinschaft im Bereich gemeinschaftlicher Verwaltung liegt auf der Hand^{66,67}.

2.6.4. Die Teil-Rechtsfähigkeit

1) Es ist unbestritten, dass von vorliegender Rechtsfähigkeit nicht auf analoge Handlungsfähigkeit zu schliessen ist. Es lässt sich höchstens sagen, dass eine rechtsfähige Person entweder selbst oder durch Stellvertreter ihre Rechte und Pflichten wahrnehmen können muss, andernfalls deren Innehabung ohne jeden Sinn bliebe⁶⁸.

2) Nach hier vertretener Auffassung muss aber der Schluss in umgekehrter Richtung zulässig sein⁶⁹, und zwar derart, dass die Rechtsfähigkeit sich mindestens auf den durch die in eigener Sache eingeräumte Handlungsfähigkeit abgedeckten Bereich zu erstrecken hat⁷⁰. Eine Anerkennung der Beschränkbarkeit der Rechtsfähigkeit also?

Die vorherrschende Schweizer Lehre anerkennt in "entweder/oder"-Perspektive neben der Vollrechtsfähigkeit nur die Rechtsunfähigkeit⁷¹. Nicht restlos eindeutige Fälle werden mittels singulärer Analogiebehandlung erledigt⁷². Dieser Zwiespalt zwischen durchwegs erkannter besonderer Ausgestaltung ge-

66 Bereits die Botschaft, S. 1492, bringt das Unbehagen über die ungeliebte Nähe der juristischen Person zum Ausdruck. Sie erklärt die Gemeinschaft trotz Vermögensfähigkeit nicht zur "juristischen Person schlechthin", schweigt sich jedoch über die dahinterstehenden Gründe und Überlegungen aus.

67 Der Umfang der gemeinschaftlichen Verwaltung ist in Lehre und Rechtsprechung noch nicht definitiv bestimmt, ist aber in Erweiterung begriffen; vgl. unten § 5. 4.

68 Vgl. Holenstein, S. 1.

69 Vgl. oben § 5. 2.4.

70 Dies immer unter der Voraussetzung, dass keine gesetzlichen Bestimmungen dagegensprechen. Nicht ausgeschlossen ist von vornherein der umgekehrte Fall, bei welchem die Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit überlappt (vgl. zur Handlungsunfähigkeit: Bucher, Art. 11 Rz 26 ff.).

71 Vgl. oben § 5. 2.5.

72 Z.B. Behandlung der Gemeinschaft "wie eine juristische Person", vgl. oben § 5. 6.2.

wisser Rechtsgebilde und der (vermeintlichen) Unmöglichkeit konsequenter, rechtlicher Einordnung derselben lässt sich durch folgende Überlegung lösen:

3) Art. 11 Abs. 2 ZGB statuiert die allgemeine, privatrechtliche Rechtsgleichheit für alle Menschen, Art. 53 ZGB gibt die erforderliche Präzisierung in bezug auf juristische Personen. Begrifflich besagen diese beiden Normen aber nicht, dass jedes einzelne Rechtssubjekt dieser umfassenden Rechtsfähigkeit auch tatsächlich teilhaftig werden muss, sondern es kommt ihnen eher programmatische Bedeutung⁷³ zu. Die Erwähnung der Schranken der Rechtsordnung weist im Gesetzestext denn auch ausdrücklich darauf hin, dass die privatrechtliche Gleichstellung unter Umständen durchbrochen werden kann⁷⁴. "Die auf dem Gleichheitssatz beruhende Vollrechtsfähigkeit schliesst nicht aus, dass die Rechtsordnung auch Rechtssubjekte anerkennt, die nur in einzelnen bestimmten Beziehungen rechtsfähig sind, also teilrechtsfähig sind. Das Gesetz gebraucht den Begriff der Teilrechtsfähigkeit zwar nicht. Gleichwohl ist es gerechtfertigt, diesen Begriff als systematischen Begriff zu benutzen. Denn das Gesetz hat keinen Anlass, ihn zu verwenden, da es die einzelnen Beziehungen genau angeben muss, in denen das (teilrechtsfähige) Subjekt stehen kann. Die Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit ist also mit dem Gesetz vereinbar"^{75,76}

2.6.5. Fazit

"Das einzige eindeutige Abgrenzungskriterium von Körperschaften und Rechtsgemeinschaften", die "Rechtsinnehabung oder Rechtsträgerschaft"⁷⁷,

73 Bucher, Art. 11 Rz 121.

74 Zu beachten ist, dass solche privatrechtliche Ungleichheit auf Gesetzesvorschrift beruht und sich an die Verfassungsvorschriften (Art. 4 BV) zu halten hat; vgl. Bucher, Art. 11 Rz 120 f.

75 Fabricius, S. 235.

76 Ganz in diesem Sinne kommt auch Friedrich, Bewährung S. 70, zum Schluss: "Wenn noch heute nicht bis zuletzt geklärt ist, wieweit diese juristische Persönlichkeit geht, so darf doch die Ordnung insgesamt als geglückt angesehen werden. Der Gedanke, dass die juristische Persönlichkeit auch teilweise nur nach gewissen Richtungen verliehen werden kann, erweist sich hier einmal mehr als fruchtbar. Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Grenzen der Rechtsfähigkeit dieser Gemeinschaft nicht einfach zu bestimmen sind"; vgl. auch ders., a.a.O. S. 76 f.

77 Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 Rz 53, verwenden als Synonym auch den Begriff der Rechtszuständigkeit.

weist die Stockwerkeigentümergeinschaft im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit folglich den Körperschaften zu. Dieser Schluss deckt sich mit dem Ergebnis, zu welchem die Überprüfung von Hilfskriterien für die Abgrenzung der Körperschaften von den Rechtsgemeinschaften⁷⁸ führt:

Die Gemeinschaft besteht unabhängig von allfälligen Mitgliederwechseln⁷⁹ und zeichnet sich durch eigenes Vermögen aus. Dieses stellt einziges Haftungssubstrat für Verpflichtungen aus Verwaltungstätigkeit dar; die Gemeinschaft trifft bloss intern eine anteilmässige Beitragspflicht⁸⁰, ohne dass sie durch irgendwelche solidarische Haftung miteinander verbunden wären. Statt Einstimmigkeit beherrscht das Mehrheitsprinzip die Meinungsbildung in der Gemeinschaft weitestgehend, und für Geschäftsführung und Vertretung ist die Person des Verwalters vorgesehen⁸¹.

78 Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 Rz 54 ff.

79 Der Aus- resp. Eintritt von Mitgliedern ist auf Grund der subjektiv-dinglichen Verknüpfung von Miteigentum, Sonderrecht und Mitgliedschaft in der Gemeinschaft immer mit dem Verkauf resp. Erwerb von Stockwerkeigentum verbunden; vgl. Rey, Quotenänderung S. 133 ff.

80 Diese versteht sich gemäss Terminologie von Meier-Hayoz/Forstmoser, § 14 Rz 39 ff. als Nachschusspflicht (im Gegensatz zu der im Aussenverhältnis wirksamen Haftung eine interne Pflicht gegenüber der Gemeinschaft).

81 Durchaus berechtigt erscheint allerdings der Einwand, es handle sich bei den Organisationsträgern der Gemeinschaft nicht um Organe im engeren, gesellschaftsrechtlichen Sinn, sondern nur um Rechtsfiguren organisatorischer Natur (Rey, Strukturen S. 265). Ebenfalls richtig ist auch die Bemerkung, eine Betreibung gegen die Gemeinschaft sei jedenfalls auf Pfändung, nicht auf Konkurs, fortzusetzen (so sinngemäss Ch. Müller, S. 33).

3. Partei- und Prozessfähigkeit

3.1. Der Parteibegriff

Der Parteibegriff hat seit jeher Stoff für ebenso zahl- wie umfangreiche Abhandlungen geliefert¹. Er fand im Laufe der Zeit vielerlei, teils voneinander wesentlich verschiedene, Umschreibungen². Heute herrscht das Verständnis des formellen Parteibegriffes, wonach Parteien im formellen Sinn diejenigen Personen sind, "für oder gegen welche Rechtsschutz unter ihrem eigenen Namen verlangt wird"³.

Unabhängig vom materiellen Recht⁴ muss Partei sein können, wer nach rein formellen Kriterien in eigenem Namen, sei dies als Kläger oder Beklagter, rechtliche Beurteilung und Schutz zu beanspruchen befugt ist⁵.

3.2. Partei- und Rechtsfähigkeit

1) Aus diesem Parteibegriff ergibt sich der Begriff der Parteifähigkeit als "prozessuale Berechtigung, als Partei im Prozess aufzutreten"⁶. Somit sind

1 Vgl. Angaben bei Reich, S. 6 und S. 20 ff.; Bischofberger, S. IX ff.; Henckel, S. 15 ff.; Staehelin, S. 21 ff.; Zierl, S. 113 ff.; Fenn, ZJP Bd. 86 (1973), S. 177 ff.; Huber, ZJP Bd. 82 (1969), S. 224 ff.

2 Vgl. die Darstellungen u.a. bei Henckel, S. 21 ff.; Staehelin, S. 22 ff.; Bischofberger, S. 2 ff.

Der materielle Parteibegriff bezieht sich auf die einem Prozess zugrundeliegenden materiellrechtlichen Verhältnisse. Er schliesst deshalb z.B. die Prozessstandschaft gänzlich aus (vgl. Bischofberger, S. 4, Anm. 13), und die Prüfung der Parteifähigkeit mündet definitionsgemäss in eine materiellrechtliche Beurteilung des Falles aus.

Der funktionelle Parteibegriff erweist sich als nur auf Vermögensprozesse anwendbar (Bischofberger, S. 9 f.), weshalb er sich nie richtig hat durchsetzen können. Vom üblichen Sprachgebrauch abweichendes Verständnis verschiedener Begriffe komplizierte seine Anwendung zusätzlich.

3 Guldener, § 11 I S. 124; Bischofberger, S. 15.

4 Nicht einmal die Behauptung der Sachlegitimation ist zur Erlangung der Parteieigenschaft notwendig (Lettow, S. 2).

5 Reich, S. 20: "Nicht wer klagen und verklagt werden kann, sondern wer tatsächlich klagt und verklagt wird, ist Partei"; entscheidend ist der formale Akt des Handelns in eigenem Namen (Staehelin, S. 25); Bischofberger, S. 14 und S. 17.

6 Guldener, § 11 I S. 125.

parteienfähige Parteien nicht "contradictio in adjecto"⁷, wie dies früher angenommen wurde. Vielmehr ist in jedem Falle die Parteieigenschaft bis zu dem Zeitpunkt zu bejahen, da allenfalls das Gericht wegen fehlender Parteifähigkeit mittels Prozessurteil Nichteintreten beschliesst^{8,9}.

2) Partei- und Rechtsfähigkeit bilden ein engverbundenes Begriffspaar. Das prozessrechtliche Institut der Parteifähigkeit korreliert mit der materiellrechtlichen Rechtsfähigkeit, wobei letztere dominiert. Die Beziehung ist nach verbreiteter Lehre nicht "gleichberechtigt"; das (kantonale) Prozessrecht wird häufig durch bundesprivatrechtliche Vorgaben bestimmt¹⁰. So ordnet Bundesrecht bisweilen zur Durchsetzung ganz bestimmter materiellrechtlicher Zielsetzungen die Parteifähigkeit von Rechtsgebilden an, denen es anderseits, in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, Rechtsfähigkeit versagt¹¹.

3) Allein der Schluss von Rechts- auf entsprechende Parteifähigkeit soll zulässig sein¹², nicht aber der Umkehrschluss¹³. Wird einem bestimmten Rechtsgebilde in obgenanntem Sinn durch Bundesgesetz beschränkte Parteifähigkeit verliehen, darf nach herrschender Lehre folglich nicht auch das Vorliegen des materiellrechtlichen Pendants¹⁴ angenommen werden, da Rechtsfähigkeit nur entweder vollständig bejaht oder aber vollständig abge-

7 Vgl. Reich, S. 22 Anm. 70 und S. 24; Bischofberger, S. 17; Blomeyer, § 7 I.

8 Vgl. oben § 5. 1.4.; Guldener, S. 124, insbes. Anm. 2 und S. 125; Walder, § 8 Rz 8 mit Anmerkungen; Bischofberger, S. 15.

9 Der Schluss Reichs, S. 23, dadurch entstehe dann auch die Einrede der "res iudicata", geht insofern fehl, als dem Entscheid keine materielle Rechtskraft zukommt, vgl. oben § 5. 1. Anm. 3 und § 5. 1.4.

10 Dies entspricht insofern den unbestrittenen Abstufungen zwischen Bundes- und Kantonsrecht. Zu nennen ist besonders die Aufgabe des Prozessrechts, für die Durchsetzung des Privatrechts Voraussetzungen zu schaffen, ausserdem das Verbot an das Kantonale Recht, durch Eigenmächtigkeit Bundesrecht zu derogieren; vgl. Guldener, S. 68 und S. 125.

11 Bucher, Vorbem. Art. 12–19, Rz 10; Grossen, SPR II S. 312: Unter Bezugnahme auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung wird gefolgert, dass Partei- (und Prozess-) Fähigkeit "bundesrechtlich, nicht kantonalrechtlich" geregelt sind; vgl. hierzu auch Ottomann, S. 4 und S. 18.

12 Natürliche und juristische Personen sind rechts- und somit fraglos parteifähig (Guldener, S. 125).

13 Blomeyer, § 7 I; Berther, Anton, Prozessvoraussetzungen im bündnerischen Zivilprozessrecht, Diss. Freiburg 1958; § 6 I. 3.

14 Walder, § 8 Rz 1; Bischofberger, S. 15 f.

lehnt werden kann¹⁵. Für das Stockwerkeigentumsrecht liegt deshalb die folgende Aussage nahe: "Parteifähig ist die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer (Art. 712I ZGB), die ebenfalls keine juristische Person ist."^{16,17}

Nach hier vertretener Auffassung erscheint allerdings (beschränkte) Parteifähigkeit der Gemeinschaft als natürliche Konsequenz beschränkter Rechtsfähigkeit gegeben, und auch der Umkehrschluss durchaus legitim. Die Gemeinschaft ist geeignet, selbst, d.h. nicht bloss als Deckmantel der Stockwerkeigentümer, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein, weshalb sie auch selbst klagen und beklagt werden¹⁸, m.a.W. als echte Partei im Prozess auftreten, kann.

3.3. Prozess- und Handlungsfähigkeit

1) Im Gegensatz zur Parteifähigkeit erfährt die Prozessfähigkeit eine gesetzliche Umschreibung¹⁹. Sie bezieht sich unmittelbar auf die materiellrechtliche Handlungsfähigkeit, deren Ausdehnung auch für das Prozessrecht massgebend sein soll²⁰. Die Fähigkeit zu selbständiger Prozessführung erstreckt sich auf die von der Handlungsfähigkeit abgedeckten Rechtsgebiete; Beschrän-

15 Vgl. oben § 5. 2.3.3); diese Ansicht wird insbesondere für den Fall der Kollektivgesellschaft immer wieder vertreten. Trotz Verleihung der Parteifähigkeit wird die Rechtsfähigkeit verneint. Dies ist im Falle der Kollektivgesellschaft zutreffend, erweist sich doch deren Parteifähigkeit nicht als gewöhnliche: Analog zu der materiellrechtlichen Ausgangslage, gemäss welcher die Gesellschafter zwar unter gemeinsamer Kollektivbezeichnung auftreten, aber selbst (subsidiär) solidarisch haftende Rechtsträger sind, dient der Name der Kollektivgesellschaft im Prozess nur der formellen Vereinheitlichung – "als Parteien sind die jeweiligen Gesellschafter zu betrachten" (Guldener, S. 125 f.; analog auch Walder, § 8 Rz 1 a.E.).

16 Guldener, § 11. I. 2. a.E.

17 Walder, § 8 Rz 7, schränkt die Parteifähigkeit richtigerweise auf den Bereich der gemeinschaftlichen Verwaltung ein. Ohne konkret auf die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft einzugehen, reiht er dieses Beispiel unter die Fälle ein, da Parteifähigkeit auf speziellen Gründen im materiellen Recht basiert.

18 Genau so Guldener, § 11 I. 1. bezüglich natürlicher und juristischer Personen; a.M. ausdrücklich Frei, S. 100, welcher mangels Rechtsfähigkeit auch Parteifähigkeit verneint, die Gemeinschaft aber gleichwohl "wie eine parteifähige juristische Person behandelt" wissen will.

19 § 27 ZPO.

20 § 14 BZP; Guldener, § 11 Anm. 16.

kungen (beschränkte Handlungsfähigkeit resp. -unfähigkeit) wirken sich entsprechend direkt aus^{21,22}.

2) Begrifflich stellt Prozessfähigkeit "die Berechtigung, den Prozess als Partei selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen"²³, dar. Sie beurteilt sich nach formellen Kriterien; die Prozesshandlungen eines Prozessunfähigen bleiben grundsätzlich beachtlich und bedürfen förmlicher Rückweisung²⁴.

Die Prozessfähigkeit der Gemeinschaft entspringt Art. 712I ZGB²⁵ und wird von niemandem generell in Zweifel gezogen. Umstritten ist höchstens die Bestimmung der genauen Grenzen, welche von der Auslegung des Verwaltungsbegriffes abhängt²⁶. Dem gemeinschaftlichen Vermögen, indirekt der Handlungsfähigkeit allgemein²⁷, aber auch der Vertretungsmacht des Verwalters²⁸ setzt das Verständnis dessen, was unter gemeinschaftliche Verwaltung fallen kann, Schranken²⁹.

21 Analog zum Bundesprivatrecht, Art. 17 ff. ZGB, ist in diesen Fällen von beschränkter Prozessfähigkeit resp. -unfähigkeit zu sprechen; Sträuli/Messmer, § 27/28 Rz 9 ff.; Walder, § 9 Rz 1; vgl. auch § 5. 4. Anm. 5.

22 Da sich die Handlungsfähigkeit, wie die Rechtsfähigkeit, nicht durch Vereinbarung regeln lässt, gilt dasselbe auch für die Prozessfähigkeit; dahingehende Verträge entfalten lediglich obligatorische Wirkungen; vgl. von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen OR, Bd. I, Zürich 1979 S. 213 f.

23 Guldener, § 11 II (Ingress); Blomeyer, § 8 I gibt für das deutsche Recht eine abweichende Definition: "(...), Prozessverhandlungen wirksam vorzunehmen oder entgegenzunehmen".

24 Guldener, § 11, Anm. 15; vgl. oben § 5. 3.2.

25 Friedrich, Regl. § 37 Rz 8; Frei, S. 100 ff.; Ch. Müller, S. 32 f.; Stolz, S. 118 ff.; Weber, Prozessfähigkeit, S. 118 f.; Liver, SPR V/1 S. 106 ff.; Rey, Strukturen, S. 261. Die ausdrückliche Statuierung der Prozessfähigkeit in Art. 712I Abs. 2 ZGB ist m.E. überflüssig, da sie im Umfange der Handlungsfähigkeit ohnehin definitionsgemäss vorliegen muss.

26 Weber, Prozessfähigkeit S. 118; vgl. unten § 5. 4.1.

27 Art. 712I Abs. 1 ZGB (Marginale).

28 Art. 712t Abs. 1 ZGB.

29 Friedrich, Bewährung S. 76 f.; unten § 5. 4.1.

3.4. Abgrenzungen

Im Sinne einer kurzen Klarstellung sei im Folgenden auf Begriffe eingetreten, deren Grenzen zu Partei- und Prozessfähigkeit nicht immer sauber gezogen werden.

3.4.1. Sachlegitimation

Die Sachlegitimation ist nicht Prozessvoraussetzung. Sie betrifft die "materielle Begründetheit der Rechtsbehauptung"³⁰, m.a.W. die Frage, ob Kläger und/oder Beklagte tatsächlich aus dem geltend gemachten Recht resp. Rechtsverhältnis berechtigt und/oder verpflichtet sind³¹. Ausgehend vom formellen Parteibegriff³², schafft die Sachlegitimation Klarheit darüber, ob der "Kläger auch materiell der richtige Kläger (Aktivlegitimation) und der Beklagte auch der richtige Beklagte (Passivlegitimation) sei"³³.

Ausschlaggebend für die Zu- oder Aberkennung ist allein das materielle Recht³⁴. Deshalb kann ein richterliches Urteil über fehlende Sachlegitimation nur durch Sachurteil erfolgen³⁵, welchem für die Parteien materielle Rechtskraft³⁶ zukommt. Aus naheliegenden Gründen ergeht es grundsätzlich erst nach einer Bejahung der Prozessvoraussetzungen³⁷.

30 Kummer, § 18. 1. ; Sträuli/Messmer, § 27/28 Rz 19, § 108 Rz 6.

31 Guldener, § 12 I; Vogel, § 33 II. 1.

32 Vgl. oben § 5. 3.1.

33 Bischofberger, S. 12 f. mit weiteren Ausführungen zum Verhältnis der Sachlegitimation zu den verschiedenen Parteibegriffen; Holenstein, S. 90.

34 BGE 96 II 123 E. 1; illustrativ das Beispiel bei Ottomann, S. 6.: Beruft sich die beklagte Partei gegenüber der klägerischen AG auf einen Durchgriffstatbestand, entscheidet das materielle Recht, insbesondere die Sachlegitimation über Erfolg oder Misserfolg der Einrede. Auf keinen Fall betrifft der diesbezügliche Entscheid des Richters die Parteifähigkeit der AG, welche trotz der im Einzelfall möglicherweise fehlenden Sachlegitimation erhalten bleibt.

35 Sträuli/Messmer, § 188 Rz 8; Vogel, § 33 II. 1.

36 Vgl. Roth-Grosser, Das Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre subjektiven Grenzen, Diss. Zürich 1981, S. 38 ff.

37 Sträuli/Messmer, § 108 Rz 6; Holenstein, S. 90: "(...) was besagt, dass sie die abstrakte Eigenschaft der Parteifähigkeit konkretisiert. Genauer, sie bestimmt, wer unter allen Parteifähigen gerade derjenige ist, welcher im konkreten Streitfall (...) berechtigt ist, Partei zu sein".

3.4.2. Prozessführungsbefugnis und Postulationsfähigkeit

1) Wo Prozessfähigkeit gegeben ist, liegt i.d.R. auch die Prozessführungsbefugnis der betreffenden Person vor. Sie bedeutet das Recht, den Prozess selbst oder durch einen selbstgewählten Vertreter führen zu dürfen³⁸.

Ausnahmsweise kann eine partei- und prozessfähige Partei infolge materiell-rechtlicher Vorschriften gezwungen sein, sich (unfreiwillig) durch eine bestimmte andere Person vertreten zu lassen. Wird ihr auf diese Weise die Prozessführungsbefugnis aberkannt, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung³⁹. Dieser Mangel kann nur geheilt, und ein Sachurteil kann nur ausgefällt werden, wenn sich die betreffende Person gesetzeskonform vertreten lässt. Meistgenanntes Beispiel für eine derartige Entfunktionalisierung⁴⁰ der Prozessfähigkeit bildet Art. 168 ZGB, was ein anderweitiges Auftreten analoger Konstellationen in Prozessen um Sonder- oder Gesamthandvermögen nicht ausschliesst⁴¹.

Trotz dieser gesetzlichen Vertretung und fehlender Prozessführungsbefugnis bleibt die vertretene Person prozessfähige Partei⁴²; sie gibt als solche auch den Ausschlag bei der Bestimmung der Zuständigkeit.

38 Staehelin, S. 36; Holenstein, S. 98 ff. vertritt die Meinung, Prozessführungsbefugnis drücke dasselbe wie die Sachlegitimation aus (a.a.O., S. 86 und S. 100), sei aber der modernere Begriff.

39 Walder, § 9 Rz 4; a.M. Guldener, § 26, Anm. 6c.

40 Vogel, § 22 III. 1.: "Die Prozessfähigkeit (...) wird (...) ihres Gehaltes entleert".

41 Guldener, § 11 II 5.

42 Walder, § 9 Rz 4 unter Berufung auf Lemp, Art. 168 Rz 11 und BGE 89 II 82; Vogel, § 22 III. 1.; Guldener, § 12 II. 8., führt die Fälle mangelnder Prozessführungsbefugnis (a.a.O. § 11 II. 5.) allesamt auch bei der Prozessstandschaft auf. Letztere liegt dann vor, wenn ein Dritter infolge spezieller Umstände in eigenem Namen und als Partei anstelle des materiell Berechtigten resp. Verpflichteten einen Prozess führen darf und muss. (Insofern lässt sich die Prozessstandschaft als Abweichung von der Sachlegitimation erklären. Als solche kann sie nicht Prozessvoraussetzung bilden.). Da m.E. im Falle von Art. 168 Abs. 2 ZGB die Parteieigenschaft eben gerade der Ehefrau verbleibt, kann es sich dabei nicht um Prozessstandschaft handeln.

Vgl. i.ü. Sträuli/Messmer, § 27/28 Rz 6, wo die überholte und die neuste Praxis skizziert werden. Der Ehemann ist nach heutigem Verständnis gesetzlicher Prozessbevollmächtigter, welcher im Prozess namens und in Vertretung der Ehefrau seine eigenen Interessen wahrte. Nicht einleuchtend erscheint allerdings, dass gemäss Aussage an anderer Stelle (a.a.O. Rz 20), der Ehemann dann doch "als Partei im formellen Sinne", nämlich als Prozessstandschafter soll handeln können; vgl. zur ganzen Kontroverse auch Holenstein, S. 86 ff. und S. 98 ff.

2) Unter der Postulationsfähigkeit wird einhellig die "Berechtigung zur persönlichen Vornahme von Parteihandlungen" verstanden⁴³. Grundsätzlich geht sie mit der Prozessfähigkeit einer Partei einher, ist doch Anwaltszwang in der Schweiz unbekannt; nur ausnahmsweise kann eine Partei gerichtlich zur Bestellung eines Vertreters angehalten und somit davon ausgeschlossen werden, persönlich vor Gericht aufzutreten und ihre Sache vorzutragen⁴⁴.

(42)

Auch nach Inkrafttreten des neuen Ehegesetzes am 1. Januar 1988 soll Art. 168 Abs. 2 ZGB als einzige Norm des Titels über die Wirkungen der Ehe im allgemeinen für Ehegatten in Güterverbindung weiterhin gelten (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 11. Juli 1979, BBl 1979 II 1191 ff., Ziff. 241.227.1). Seine Bedeutung wird jedoch nachhaltig beschränkt werden durch Art. 9e Abs. 2 und Art. 10a Abs. 2 SchlT ZGB, wonach die (dannzumal altrechtliche) Güterverbindung und ihre Auswirkungen nur einer Person entgegengehalten werden kann, welche den Güterstand kennt oder kennen sollte. Zu einer noch weiterreichenden Beschränkung, vgl. Ruth Reusser, in Heinz Hausheer (Hrsg.), Vom alten zum neuen Ehegesetz, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 503, Bern 1986, S. 141.

Nach Massgabe des neuen Ehegesetzes schliesslich ist im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung eine Prozessführungsbefugnis des Ehemannes nicht mehr vorgesehen. Es steht der Ehefrau jedoch frei, sich gemäss den Regeln des Zivilprozessrechts durch den Ehemann vertreten zu lassen. Dem Ehemann seinerseits steht zum Schutze seiner Rechte stets das Rechtsinstitut der Nebenintervention zur Verfügung; vgl. hierzu Ruth Reusser, a.a.O.

43 Walder, § 10 Rz 1 zu § 29 Abs. 2 erster Satz ZPO.

44 Guldener, § 11 III (Ingress); vgl. Walder, § 10 Rz 1.

4. Partei- und Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft

4.1. Gemeinschaftliche Verwaltung

4.1.1. Einleitung

Die Stockwerkeigentümergeinschaft ist, so legt es das ZGB fest, prozessfähig, da handlungsfähig. Wie bereits angedeutet wurde¹, hängt es weitgehend von der Interpretation des Verwaltungsbegriffes ab, welcher Umfang ihrer Prozessfähigkeit zukommt.

Die Verwaltung der zu Sonderrecht ausgeschiedenen Bauteile ist Sache der betreffenden Stockwerkeigentümer². Die übrigen Mitglieder der Gemeinschaft sind, wenngleich Miteigentümer, davon vollständig ausgeschlossen.

Die gesetzlich zwingend bestimmten und die durch Vereinbarung ausgeschiedenen gemeinschaftlichen Teile sind dagegen Objekte gemeinschaftlicher Verwaltung. Ihre Bestimmung ist gelegentlich auch umstritten, bildet aber nicht unmittelbar Gegenstand der folgenden Ausführungen³. Diese beziehen sich vielmehr auf Begriff und Inhalt der "Verwaltung", m.a.W. auf die Erfassung der Handlungen an gemeinschaftlichen Objekten, auf welche sich die Prozessfähigkeit der Gemeinschaft erstreckt.

Die Prozessfähigkeit der Gemeinschaft ist gemäss aktueller Rechtsprechung und Lehrmeinung in Ausdehnung begriffen⁴; die Beschränkungen⁵ sollen

1 Vgl. oben § 5.3.3.

2 Art. 712a ZGB; für das deutsche Wohnungseigentum lässt sich bezüglich des Sondereigentums dieselbe Feststellung machen; vgl. Weitnauer, Anh. § 8 Rz 67; Deckert, Recht und Praxis S. 59.

3 Art. 712b Abs. 2 und Abs. 3 ZGB; Bezüglich der im Einzelfall vorzunehmenden Abgrenzung von sonderrechtlichen und gemeinschaftlichen Teilen, vgl. oben § 4.2.; im weiteren sei auf Lehre und Rechtsprechung verwiesen. Im Zweifelsfalle gilt die gesetzliche Vermutung in Art. 712b Abs. 3 ZGB (Sonderrecht).

4 Vgl. unten § 5.4.2.1.

5 Die Beschränkungen betreffen, exakt betrachtet, nicht die Prozess- oder Handlungsfähigkeit – es müsste richtigerweise, wie Weber, Prozessfähigkeit S. 119 Anm. 20, bemerkt, von Handlungsunfähigkeit und deren Beschränkung die Rede sein.

mehr und mehr gelockert werden, was auf dem Wege der extensiven Auslegung des Verwaltungsbegriffes⁶ angestrebt wird.

4.1.2. BGE 109 II 423 ff.⁷

1) Bezüglich der Inhaltsbestimmung gemeinschaftlicher Verwaltung hat das Bundesgericht in BGE 109 II 423 ff. ein vielbeachtetes, klärendes Urteil gefällt. Wenn auch nicht alle mit Gewährleistungsansprüchen an gemeinschaftlichen Teilen zusammenhängenden Rechtsprobleme erledigt wurden, liegt nun doch ein bundesgerichtlicher Entscheid vor, dessen Inhalt sich mit den in der Literatur⁸ verschiedentlich vertretenen Ansichten deckt.

BGE 109 II 423 ff. betrifft den Fall, da eine Stockwerkeigentümergeinschaft, wegen aufgetretener Schäden am Fassadenverputz des zu Stockwerkeigentum aufgeteilten Hauses, gegen einen Handwerker voring. Nachdem vergeblich Nachbesserung verlangt worden war, lautete die Klage auf Leistung von Schadenersatz. Die Gemeinschaft stützte sich dabei auf die zessionsweise von der Bauherrschaft erworbenen Gewährleistungsansprüche aus Werkvertrag. Das Bundesgericht gestand ihr sowohl Partei- und Prozessfähigkeit wie auch die Sachlegitimation auf Grund folgender Überlegungen zu.

2) Eine Gemeinschaft erwirbt gemäss Art. 712I ZGB unter eigenem Namen das sich aus ihrer Verwaltungstätigkeit ergebende Vermögen. Dieses ist für die Bestimmung desjenigen Bereichs ausschlaggebend, in welchem sie klagen und betreiben, aber auch beklagt und betrieben werden kann. Die Verwaltungstätigkeit ihrerseits wird im Gesetz kasuistisch umschrieben: Sie umfasst namentlich Unterhalt und Reparaturen an gemeinschaftlichen Teilen, zu welchen auch die Fassade zu zählen ist⁹. Das Bundesgericht fragte sich

6 Grossen, in *Mélanges Guy Flattet* S. 275, hofft auf fruchtbare Beeinflussung der schweizerischen durch die französische Rechtsprechung ("encourageant les juges suisses à persévérer dans une voie d'une interprétation large du pouvoir d'agir de la communauté"); ebenso Weber, *Prozessfähigkeit* S. 121 ff.

7 Pra 73 (1984) Nr. 89.

8 Anstatt vieler: Weber, *Prozessfähigkeit* S. 121 ff.

9 Vgl. hiezu Art. 712I i.V.m. Art. 712h Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 712b Abs. 2 Ziff. 2 ZGB.

nun, ob auch Gewährleistungsansprüche sowie deren Erwerb in dieser Formulierung enthalten seien und somit unter "gemeinschaftliche Verwaltungstätigkeit" fallen¹⁰.

Zur allgemeinen Definition der Verwaltung wurde auf die Fassung des Berner Kommentars¹¹ zurückgegriffen, wonach "Unterhalt, Reparatur und Erneuerung gemeinschaftlicher Gebäuteteile fraglos zur Verwaltungstätigkeit im Sinne von Art. 712 I ZGB" zu zählen seien. Nichts – so das Bundesgericht – vermöge zu rechtfertigen, dass eine Auseinandersetzung der Gemeinschaft mit Dritten oder mit Stockwerkeigentümern, welche einen Schaden verschuldeten, in die gemeinsame Verwaltung fällt, die Streitigkeiten mit Unternehmern zum vornherein davon ausgeschlossen sein sollten¹².

3) Im beurteilten Fall betrachtete das BGer die Frage der Aktivlegitimation als erledigt, hatte doch die Bauherrin ihre Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Unternehmer unzweideutig der Gemeinschaft abgetreten. Ist ein solcher Erwerb derartiger Ansprüche aber ebenfalls Teil der Verwaltungstätigkeit, m.a.W. konnten die Ansprüche der Bauherrin überhaupt durch Zession in das Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft übergehen¹³?

Die Lösung dieses Grundproblems ergab sich daraus, dass zwar der Fassadenunterhalt zum Aufgabenbereich der Gemeinschaft gehört, was indes nicht zwingend auf Zugehörigkeit der Gewährleistungsansprüche zum Verwaltungsvermögen schliessen lässt. "Aber es zwingt auch nichts zur gegenteiligen Annahme"¹⁴. Die Bemühungen der Gemeinschaft, sich im Falle streitiger Gewährleistung für vorgenommene Aufwendungen am Unternehmer schadlos zu halten, seien – so die bundesrichterliche Argumentation – nicht grundsätzlich anders zu behandeln, als wenn beispielsweise für gemeinschaftliche

10 Eine Besonderheit der vorliegenden Konstellation lag darin, dass die Gewährleistungsschuldner weder Vertragspartner der Gemeinschaft waren, noch sich gegenüber der Gemeinschaft nachträglich in irgendeiner Form verpflichtet hatten (vgl. dagegen BGE 106 II 20 E.6).

11 Meier-Hayoz, Art. 647 ZGB Rz 2; vgl. unten § 5.4.1.3.

12 BGE 109 II 426.

13 Diese Frage ist natürlich zeitlich vor der Überprüfung der Aktivlegitimation zu beantworten. Sollte sich ergeben, dass die Gemeinschaft Gewährleistungsansprüche generell nicht von Dritten erwerben kann, erwiese sich auch die Anerkennung der Aktivlegitimation als sinnentleert.

14 BGE 109 II 427.

Verwaltungskosten von den Stockwerkeigentümern Deckung in Form von Beitragsleistungen gefordert werde¹⁵.

4) Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid auf die allgemeine Praktikabilität der Lösung geachtet. Wäre die Gemeinschaft nicht fähig, die Gewährleistungsansprüche zu erwerben und geltend zu machen, müssten dies die Bauherrschaft oder, falls Zessionen stattfanden, die einzelnen Stockwerkeigentümer selbst tun. Dass letzteres, u.a. nach mehrmaligem Eigentumsübergang, mit beträchtlichen Komplikationen verbunden wäre, ist der eine, weniger bedeutsame Aspekt. Dass die zwangsläufige Streitgenossenschaft der Stockwerkeigentümer vom Grundsatz der Einstimmigkeit beherrscht werden würde, widerspricht hingegen erklärten Grundsätzen des Stockwerkeigentumsrechts.

Diese nicht ganz unerwartete Entscheidung des Bundesgerichts gilt es auf einige besondere Fragen hin speziell zu beleuchten.

4.1.3. Der "traditionelle" Verwaltungsbegriff

1) In der Schweizer Lehre ist die begriffliche Fassung der Verwaltung gemäss Berner Kommentar¹⁶ allgemein herrschend. Ihr zufolge sind "diejenigen Handlungen tatsächlicher und rechtlicher Natur" Verwaltung, "die dazu bestimmt sind, das betroffene Rechtsgut zu erhalten, zu mehrren oder der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen. (...) Massstab bildet dabei das Gemeinschaftsinteresse, dem sich die Einzelnen unterordnen müssen"^{17,18}.

15 Solche Ansprüche sind gemäss klarem Gesetzeswortlaut Teil des Verwaltungsvermögens; vgl. auch unten § 5. 4.2.1.1.

16 Meier-Hayoz, Art. 647 Rz 2 f.

17 Meier-Hayoz, Art. 647 Rz 2 f., unter Hinweis auf Siber, Heinrich, Jher. Jahrbuch 1917 S. 107, und auf Kunz, S. 25 ff.; Weber, S. 269 unterscheidet weiter eine formelle (Organisation) von einer materiellen (Tätigkeitsbereich) Komponente.

18 Diese Umschreibung, zumindest jedoch ihr erster Teil, wird in der Lehre mehrheitlich übernommen (Frei, S. 41; Ch. Müller, S. 17). Grundsätzlich abweichende Formulierungen fehlen, in einigen Werken (Haab und Liver, SPR V/1) wird von der Anführung eines Begriffes überhaupt abgesehen.

2) Analog zum schweizerischen ZGB, welches, ohne Präzisierung, in verschiedensten Bereichen von "Verwaltung"¹⁹ spricht, ist auch § 744 BGB hinsichtlich Verwaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes innerhalb der Gemeinschaft keine Legaldefinition zu entnehmen. Desgleichen schweigen sich §§ 20 ff. WEG über einen Begriff aus²⁰. Die deutsche Lehre verfährt grösstenteils nach dem Prinzip der negativen Umschreibung²¹, indem die Verwaltung insbesondere durch Abgrenzung gegenüber der Verfügung²² und Benützung²³ bestimmt wird. Sie umfasst "Geschäftsführung im Interesse aller, zum allgemeinen, gemeinschaftlichen Besten, im Gegensatz zum Gebrauch; sie geht über Erhaltung hinaus"²⁴. Eingeschlossen sind somit alle "Handlungen, die notwendig sind für die Erhaltung, Verbesserung und normale Nutzung des Gebäudes"^{25,26}.

3) Die Grenzziehung zwischen Verwaltung und Verfügung ist nicht unproblematisch, können doch auch Verfügungen bisweilen Gegenstand gemeinschaftlicher Verwaltungsmassnahmen darstellen²⁷. Aussagekräftiger als eine Unterteilung möglicher Handlungen nach Massgabe ihrer Natur als Verfügung resp. Verwaltung ist deshalb die Beurteilung gemäss der eingangs zitierten Definition. Ist eine Handlung nämlich dazu geeignet, das Gegebene zu erhalten, zu mehren oder der ihrem Zwecke entsprechenden Verwendung zu-

19 Art. 200 ff., 216, 231; 242; 318 ff., 413, 419; 548 f.; 647; 906 ZGB u.a.

20 Bärmann/Seuss, Praxis des Wohnungseigentums, 3. A., München 1980, S. 199.

21 Auch K. Müller, S. 21, verspricht sich von solchem Vorgehen mehr; er verneint im übrigen das Bestehen eines allgemeingültigen Verwaltungsbegriffes im Privatrecht (S. 20).

22 Verfügung i.S. v. § 747 BGB; Bärmann, Schriftenreihe des Evangelischen Siedlungswerkes in Deutschland e.V.; Partner im Gespräch, Funktionen des Verwalters, Hamburg 1978, S. 19, schränkt immerhin ein, dass er "Verfügung" (im sachenrechtlichen Sinn) als Veräusserung oder Belastung versteht.

23 Gemeint ist die individuelle Benützung des gemeinschaftlichen Eigentums, § 15 WEG (Gebrauchsregelung); vgl. Weitnauer, vor § 20 Rz 3.

24 Bärmann/Pick/Merle, vor § 20 Rz 6.

25 Bärmann/Pick/Merle, vor § 20 Rz 6, mit Verweisen.

26 Die Formulierung in Ermann, § 744 Rz 1 (" (...) alle Massnahmen, (...) die rechtlich oder tatsächlich eine Änderung der bisherigen Lage des gemeinschaftlichen Gegenstandes zur Folge haben und zu einer ordnungsmässigen Geschäftsführung zum Besten der Teilhaber gehören.") erscheint infolge zu starker Betonung der dynamischen Komponente als nicht sehr treffend.

27 Weitnauer, zit. Anm. 23 mit Beispielen; Kunz, S. 25 f.; Weber, S. 269, versteht deshalb unter Verwaltung "Handlungen, die notwendig sind für die Erhaltung und normale Nutzung der Liegenschaft, nicht aber die Nutzung selbst."

zuführen, entfällt die Bedeutung ihrer allfälligen Qualifizierung als Verfügung von selbst²⁸.

4.1.4. Bedeutung des Verwaltungsbegriffs

1) Verwaltung gemeinschaftlicher Teile im Mit- resp. Stockwerkeigentum versteht sich bis zu einem gewissen Grade auch als (dynamische) Geschäftsführung²⁹ im Interesse der Gemeinschaftler. Sie kann sich sinnvollerweise nicht bloss in statischen, erhaltenden Massnahmen erschöpfen, sondern erstreckt sich, wie dies auch aus dem Gesetz³⁰ ersichtlich ist, auf weiterreichende Handlungen i.S. der Verbesserung des gegebenen Zustandes³¹. Die Grenze ist dort anzusetzen, wo sich ein gemeinsames Interesse nicht mehr auf die gemeinschaftlich gehaltene Sache bezieht³²; ebenso stellt eine Handlung jedenfalls dann nicht mehr Verwaltungstätigkeit dar, wenn sie eine (nicht verwaltungs-bedingte) Verfügung beinhaltet³³.

2) Der Verwaltungsbegriff steht am Anfang einer Reihe voneinander abhängiger weiterer Begriffe. Er wirkt in erster Linie auf die Bestimmung der Vermögensfähigkeit entscheidend ein. Diese wiederum setzt nach dem Wortlaut des Gesetzes die Schranken der Handlungsfähigkeit³⁴.

28 Vgl. Kunz, S. 25 f., welcher ausdrücklich auf die Beschränkung der Verwaltungstätigkeit auf das vorhandene Gut hinweist.

29 BGE 109 II 426; Meier-Hayoz, Art. 647 Rz 2 f.; Frei, S. 40 f.; Weber, Prozessfähigkeit S. 119; a.M. Ch. Müller, S. 17 f., welcher einzig die Verwaltung auf bestehende Objekte bezieht, die Geschäftsführung hingegen grundsätzlich als auf neue Objekte zielendes, dynamisches Handeln verstanden haben will.

30 Art. 712h, Abs. 2 Ziff. 1 ZGB nennt neben dem laufenden Unterhalt und Reparaturen explizit auch Erneuerungen als gemeinschaftliche Verwaltung.

31 Weber, Prozessfähigkeit S. 119.

32 "Die Zwecke der Verwaltung erschöpfen sich im sinnvollen Umgang mit dem Gegebenen" (Kunz, S. 26).

33 Vgl. Frei, S. 104 (Erwerb eines Autos ohne direkten Zusammenhang mit gemeinschaftlicher Verwaltung); Weber, Prozessfähigkeit S. 120.

34 Art. 712l Abs. 1 ZGB; vgl. BGE 109 II 425, 106 II 21; vgl. unten § 5. 4.2.1.1.

4.2. Verwaltungsvermögen und -tätigkeit

4.2.1. Gesetzliche Regelung und ihre Anwendung

4.2.1.1. Ausgangslage

1) Die gesetzliche Normierung im genannten Bereich ist, wenn nicht gar lückenhaft³⁵, zumindest auslegungsbedürftig. Sie verleiht dem Vermögen aus Verwaltungstätigkeit die Funktion, die Schranken jeglichen rechtlichen Auftretens der Gemeinschaft, somit auch deren Prozessfähigkeit, zu bestimmen³⁶. Neben weiteren Bestandteilen setzt sich das Vermögen hauptsächlich aus Beitragsforderungen gegenüber den Gemeinschaftern zusammen; eine abschliessende Regelung ist im ZGB jedoch nicht enthalten³⁷.

2) Art. 712h ZGB führt eine gesetzliche Eingrenzung der Verwaltungstätigkeit im Zusammenhang mit der näheren Bestimmung der Zwecke, welchen die Wertquoten-gerechten Beitragszahlungen der Gemeinschaftler dienen sollen, herbei. Unter dem Sammelbegriff der "gemeinschaftlichen Verwaltung"³⁸ werden, ebenfalls nicht abschliessend³⁹, der laufende Unterhalt, Reparaturen und Erneuerungen an gemeinschaftlichen Bauteilen genannt⁴⁰.

35 Weber, Prozessfähigkeit S. 123 f., erwähnt die Notwendigkeit, die "unechten Lücken" zu füllen; vgl. unten Anm. 51.

36 Obwohl diese Beschränkung der Handlungsfähigkeit aus Art. 712l Abs. 2 ZGB nicht unmittelbar hervorgeht, wird doch allgemein dem ersten Absatz des Artikels diese Funktion und Wirkung zuerkannt.

37 Vgl. die Formulierung: "(...) Vermögen, wie namentlich (...) " in Art. 712l Abs. 1 ZGB. Selbstverständlich gehört auch der Erneuerungsfonds ausdrücklich dazu. Dieser dient jedoch keinem effektiv anderen Zweck als die gewöhnlichen Beiträge der Gemeinschaftler. Seine Besonderheit liegt darin, dass er gewissermassen prophylaktisch geäufnet wird, während sich die Beitragsforderungen dagegen erst entsprechend des konkreten Bedarfs an Mitteln berechnen.

38 Art. 712h Abs. 1 ZGB.

39 Art. 712h Abs. 2 ZGB.

40 Präzisierungen erfolgen bei der gesetzlichen Aufgaben-Umschreibung des Verwalters, Art. 712s f. ZGB, und im Miteigentumsrecht (ausdrücklicher Verweis in Art. 712g Abs. 1 ZGB; Liver, ZbJV 121 (1985), S. 140; Friedrich, Regl. § 35 f.).

4.2.1.2. Lehre und Rechtsprechung

1) Die Lehre spricht sich fast durchwegs für einen grosszügigen Verwaltungsbegriff aus, über dessen extensive Auslegung sich die Ausdehnung der Handlungs- und Prozessfähigkeit der Gemeinschaft realisieren lässt. Frei⁴¹ stellt auf die Handlungen der Stockwerkeigentümer "in ihrer Eigenschaft als gemeinschaftliche Eigentümer" ab; sie alle sollen in den Verantwortungsbereich der Gemeinschaft fallen, welcher dadurch u.a. auch auf Vindikations- und negatorische Klagen erstreckt werde, den Erwerb von Gewährleistungsansprüchen Dritter jedoch nicht umfasse⁴².

2) Eine demgegenüber wesentlich umfassendere Formulierung stammt ursprünglich aus einem Urteil der III. ZivK des Zürcher Obergerichts⁴³. Die Partei- und Prozessfähigkeit der Gemeinschaft ist gemäss obergerichtlichen Ausführungen dann gegeben, wenn Ansprüche geltend gemacht werden, welche "im gemeinsamen Interesse der Stockwerkeigentümer liegen und (...) sich unmittelbar auf die in ihrem Miteigentum stehende Liegenschaft beziehen"⁴⁴. Weber⁴⁵ hat diese Ansicht übernommen, nachdem er sich mit diesem Urteil der III. ZivK und einem jenem gänzlich entgegengesetzten Entscheid der II. ZivK des Zürcher Obergerichts⁴⁶ einlässlich auseinandergesetzt hat. Das letztere Urteil folgte derjenigen Auffassung betreffend der Prozessfähigkeit, welche Frei entworfen hatte⁴⁷: Gewährleistungsansprüche der (Erst-)Käufer sollten von der Gemeinschaft deshalb nicht erworben werden können, da sie prinzipiell nur Erstkäufern zustünden, welche aber u.U. der Gemeinschaft zur Zeit des Schadenseintritts und der Geltendmachung der Ersatzansprüche gar nicht mehr angehören. Nicht die (gemeinsame, dingliche) Eigenschaft des Miteigentümers, sondern die (individuelle, obligatorische) des Erstkäufers sei ausschlaggebend: "Nur als solche können sie Gewährleistungs-

41 Frei, S. 103.

42 Weber, Prozessfähigkeit S. 121 f.; Rey, Baumängel S. 67, Anm. 22 scheint sich demgegenüber noch auf eine sehr enge Fassung der Verwaltungshandlung stützen zu wollen (vgl. Friedrich, Regl. § 28 Rz 2, dessen Verwaltungsbegriff "alle Vorkehren, die zur ungestörten Nutzung der gemeinschaftlichen Teile der Liegenschaft erforderlich sind", erfasst). Er sieht die Grenzen der Prozessfähigkeit der Gemeinschaft dort, wo eine Handlung zur so verstandenen Verwaltungstätigkeit keinen "funktionellen Zusammenhang" aufweist. Die Auffassung Webers (siehe § 5. 4.2.1.2. 2) lehnt Rey explizit ab (a.a.O., Anm. 23).

43 Vom 28.3.1978, mitgeteilt in SJZ 75 (1979), S. 126 f.

44 III. ZivK (zit. Anm. 43), S. 127.

45 Weber, Prozessfähigkeit S. 121 ff.

46 Entscheid vom 6.6.1978, mitgeteilt in SJZ 75 (1979), S. 127 ff.

47 II. ZivK (zit. Anm. 46), S. 129; vgl. oben bei Anm. 41.

ansprüche gegenüber dem Ersteller und Erstverkäufer der Eigentumswohnungen besitzen“⁴⁸.

3) Die Erwägungen der II. ZivK sind aus verschiedenen Gründen nicht stichhaltig. Auf die völlig einseitige Betonung der obligatorischen Seite von Erwerb und Innehabung einer Stockwerkeinheit hat bereits Weber⁴⁹ hingewiesen. Er unterstrich die Notwendigkeit, auch der dinglichen Seite Beachtung zu schenken, wodurch sich das überwiegende Interesse der Stockwerkeigentümer an der Substanz des Objektes zum Ausdruck bringen lasse. Ausgehend von der Gemeinschaftlichkeit des Eigentums an der Gesamtsache kam er zur Ansicht, dass der Einzelne bloss die „Rechtsposition des Stockwerkeigentümers“ kaufe⁵⁰. Ein Schaden und die praktische Art seiner Geltendmachung betreffe die Gesamtheit dieser Rechtspositionen, weshalb, unter Betonung der dinglichen Komponente, einzig die Geltendmachung durch die Gemeinschaft in Frage komme. Da der Erwerb von Gewährleistungsansprüchen weder als Vermögensbestandteil noch als Element der Verwaltungstätigkeit der Gemeinschaft im Gesetz Erwähnung finde, schloss Weber auf das Vorliegen einer unechten Gesetzeslücke⁵¹, und forderte aus Gründen der Rechtssicherheit und der Prozessökonomie die grosszügige Interpretation der Prozessfähigkeit⁵².

48 A.a.O., S. 129: „Denn die betreffenden Forderungen stehen den einzelnen nicht deshalb (...) zu, weil sie Miteigentümer sind, sondern weil sie sog. Erstkäufer waren.“ Bei ihrem Erwerb und ihrer Durchsetzung handelt es sich „nicht um eine gemeinsame Verwaltungsaufgabe der Gemeinschaft (...)“.

49 Weber, Prozessfähigkeit S. 123 f.

50 Prozessfähigkeit S. 123; Weber spielt auf diese Art wohl auf die nur schwer fassbare ideelle Natur des Miteigentumsanteils an (vgl. dazu oben § 2. 2.).

51 Prozessfähigkeit S. 124: „(...), indem die Gesetzgeber an Fälle gemeinsamer Interessenwahrung, die nicht auf die Verwaltung im engeren Sinn zurückzuführen sind, nicht gedacht hat“ (vgl. unten Anm. 57).

52 Ausserdem entkräftet Weber, Prozessfähigkeit S. 124, richtigerweise auch das Argument der II. ZivK (zit. Anm. 46, S. 130), das Zugestehen der Prozessfähigkeit an die Gemeinschaft führe u.a. auch zur Benachteiligung von Minderheiten, welche ohne eigenes Wollen und Können zur Beitragsleistung für Prozesskosten gezwungen würden (v.a. Zweitkäufer), indem er auf Situationen, da auch bereits bei blossem Miteigentum Minderheiten überstimmt werden, verweist.

Webers Hinweis gehört zum Themenkreis der Körperschaftlichkeit der Gemeinschaft, welche u.a. die Unterordnung der verschiedenen Individualrechte bewirkt, m.a.W. zu einer Beschränkung der Rechtsstellung des Stockwerkeigentümers führt.

4) Auch abgesehen von der Überbetonung der obligatorischen Seite überzeugt die Argumentation der II. ZivK nicht. Richtig ist zwar, dass der Gemeinschaft in solchen Fällen aus schuldrechtlicher Sicht keine Gewährleistungsansprüche gegen den Ersteller resp. Verkäufer zustehen, steht sie doch mit jenem in keiner vertraglichen Beziehung. Richtig ist auch die Feststellung, dass derartige Forderungen den Erstkäufern zukommen.

Inkonsequent sind aber die Ausführungen im Zusammenhang mit der Rechtspersönlichkeit der Gemeinschaft. Diese soll gegeben sein, wenn die Gemeinschaft klagt und im Prozess "als eigenständiges rechtliches Gebilde, nicht als blosser Name, hinter dem sich in Wirklichkeit alle einzelnen Stockwerkeigentümer verbergen", auftritt⁵³. Gleichzeitig soll es der Gemeinschaft, weil sie, wie im vorliegenden Fall, "auch Zweit- und Drittkäufer umfassen kann, die in keinen Vertragsbeziehungen zum Erstverkäufer stehen", verboten sein, sich der Gewährleistungsansprüche anzunehmen⁵⁴?

Die Inkonsequenz liegt in der uneinheitlichen Behandlung der Gemeinschaft. Einerseits wird mehrmals deren rechtliche Verselbständigung und Loslösung von den einzelnen Gemeinschaftern betont. Andererseits stützt sich die Begründung, weshalb die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche nicht als gemeinschaftliche Verwaltungsaufgabe der Gemeinschaft zukommen könne, wiederum, anstatt auf spezifische Qualitäten der Gemeinschaft, auf individuelle Eigenschaften von deren Mitgliedern. Ob die Gemeinschaft sich aus Erst- oder Zweitkäufern zusammensetzt, ist aber m.E. deshalb irrelevant, weil sich die Körperschaftlichkeit der Gemeinschaft u.a. gerade darin zeigt, dass auch mehrmaliger Wechsel der Gemeinschafter möglich ist und sich in keiner Weise im Aussenverhältnis auswirkt⁵⁵. Es ist einzig und allein die Anwendung des "richtigen" Verwaltungsbegriffs dafür ausschlaggebend, zu entscheiden, ob ein bestimmter Forderungserwerb zulässig sei.

53 II. ZivK (zit. Anm. 46) S. 128.

54 II. ZivK (zit. Anm. 46), S. 129.

55 Vgl. oben § 5. 2. Anm. 79.

5) Unter Abstützung auf den Berner Kommentar⁵⁶ enthielt sich das Bundesgericht in BGE 109 II 423 ff. einer generellen Neufassung des Verwaltungsbegriffes. Mittels Auslegung⁵⁷ kam es zum Ergebnis, bezüglich bestimmter Aufwendungen betreffend gemeinschaftliche Bauteile erfüllten Gewährleistungsansprüche gegen Unternehmer dieselbe Funktion wie Beitragsforderungen gegenüber den Stockwerkeigentümern, weshalb eine gleiche Behandlung ihrer Verfolgung und Durchsetzung als gemeinschaftliche Verwaltung angezeigt sei. Dadurch hat sich das Bundesgericht die nicht abschliessende Regelung zunutze gemacht und im Sinne der III. ZivK und von Weber Stellung bezogen. Anstatt einen weiteren, neuen Verwaltungsbegriff zu schaffen, welcher auch Auseinandersetzungen betreffend Gewährleistungsansprüche ausdrücklich umfasste, ebnete es durch die analoge Anwendung des gesetzlich geregelten Gedankens der Beitragsforderungen auf den nicht vorgesehenen Fall der Gewährleistungsansprüche bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile den Weg, den Umfang gemeinschaftlicher Verwaltungstätigkeit weiter auszudehnen.

Immerhin hat BGE 109 II 423 ff. resultatmässig weitgehend die erhoffte Klärung gebracht. Die Gemeinschaft kann nach Bundesgerichtlicher Auffassung die Gewährleistungsansprüche ihrer Erstmitglieder betreffend gemeinschaftlicher Teile der Liegenschaft erwerben und gerichtlich durchsetzen⁵⁸.

56 Vgl. oben § 5. 4.1.3.

57 Dadurch, dass das BGer auf dem Wege der Auslegung eine gangbare Lösung fand, konnte es von der Füllung eigentlicher Lücken absehen. Liver, ZbJV 121 (1985) S. 141, begrüsst sowohl Vorgehen wie auch Ergebnis: "Dies entspricht dem Sinn des Gesetzes". Ist bezüglich einer Rechtsfrage eine Norm vorhanden, ist diese zuerst auszulegen, bevor von Lücken allenfalls gesprochen werden darf (Tuor/Schnyder, § 5 IV S. 37 f.; Lücken dürfen nicht leichthin angenommen werden, BGE 100 I 157). Im Unterschied hiezu ging Weber, Prozessfähigkeit S. 124, von einer unechten Lücke aus. Eine solche liegt vor, wenn eine gesetzliche Ordnung offensichtlich völlig unbefriedigend ist (Tuor/Schnyder, § 5. 4. a.E.; Deschenaux, SPR II S. 100) und einer Korrektur bedarf. Ob die Füllung unechter Lücken unter Abs. 1 ZGB (Tuor/Schnyder, a.a.O.) oder Art. 2 Abs. 2 ZGB (Deschenaux, a.a.O.) fällt, ist umstritten; vgl. unten Anm. 60.

58 Die Fähigkeit der Gemeinschaft, zessionsweise Forderungen zu erwerben, spricht somit zusätzlich für die Bejahung der Rechtsfähigkeit (vgl. oben § 5. 2.6.), können einem nicht rechtsfähigen Gebilde doch unter keinem Rechtstitel Rechte anfallen, noch kann es von Pflichten getroffen werden, für welche nur sein Sondervermögen haftet (Bucher, Art. 11 Rz 65).

Sie muss sie aber, um zu eigenem Vorgehen legitimiert zu sein, auch tatsächlich und ausdrücklich übertragen erhalten und materiell berechtigt sein.

4.2.2. Gewährleistungsansprüche und Sachlegitimation

1) BGE 109 II 423 ff. beantwortet die Frage nach der Aktivlegitimation der Gemeinschaft, indem er auf die Zession der seinerzeitigen Bauherrin verweist. Wie steht es angesichts dieser Aussage mit der Theorie der Legalzession?

Die Auffassung, dass die Gewährleistungsansprüche mit der Begründung von Stockwerkeigentum ex lege von den Miteigentümern auf die Gemeinschaft übergehen, stammt von Weber, welcher die Ideen der III. ZivK auf diese Weise weitergeführt hat⁵⁹. Weber verglich, unter Betonung dinglicher Elemente, die Gewährleistungs- mit den Beitragsforderungen, welche gemäss Art. 712I ZGB ex lege im Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft entstehen. Auch hier, wie bei der Behandlung der Prozessfähigkeit, operierte er mit dem Mittel der unechten Lücke, was aber m.E. nicht angebracht ist. Gewährleistungsansprüche entstehen im Vermögen der einzelnen Stockwerkeigentümer. Die, von Willensäusserungen der letzteren unabhängigen, Legalzessionen an die Gemeinschaft zu bejahen, besteht keinerlei Veranlassung^{60,61}.

2) Es besteht doch ein ganz wesentlicher Unterschied, ob auf der Ebene der Prozessfähigkeit darüber befunden wird, ob eine Partei mit gewissen Ansprüchen überhaupt und grundsätzlich vor Gericht auftreten könnte, oder auf der Ebene der Sachlegitimation darüber, ob ihr ein konkreter Anspruch tatsäch-

59 Weber, Prozessfähigkeit S. 125 f.; vgl. oben § 5. 4.2.1.2.

60 Die korrigierende Funktion des Richters bei Vorliegen von unechten Lücken ist an sehr strenge Voraussetzungen gebunden. "Krasse Fälle von Unvollkommenheit" (Tuor/Schnyder, § 5 IV S. 40) dürfen korrigiert werden, ansonsten ist, v.a. unter dem Aspekt der Rechtssicherheit, das Gesetz für den rechtsanwendenden Richter verbindlich (Deschenaux, SPR II S. 100); vgl. oben § 5. 4.2.1.2. Anm. 57.

61 Eine Umsetzung von Webers Gedanken praktizierte das St. Galler Kantonsgericht, II. ZivK, Urteil vom 25.3.1983, mitgeteilt in SJZ 80 (1984) S. 166 f. Es nahm ebenfalls eine unechte Lücke an und bezeichnete die Gemeinschaft ex lege als Trägerin der Gewährleistungsansprüche, "ohne dass sie ihr zediert werden müssten" (a.a.O., S. 167). Dies ist jedoch mit Sicherheit falsch: Zessionen sind auf alle Fälle nötig; fraglich ist lediglich, ob sie ex lege erfolgen oder einzeln tatsächlich vorzunehmen sind.

lich derart zusteht, dass sie ihn in eigenem Namen geltend machen kann⁶². Die Betonung der dinglichen und gemeinschaftlichen Komponenten des Stockwerkeigentumsrechts erlaubt im ersten Fall eine Auslegung der Begriffe von "Verwaltung" und "Verwaltungstätigkeit", welche auch den Erwerb von Gewährleistungsforderungen einschliesst. Wenn es im zweiten Fall dagegen um die Aktivlegitimation geht, reicht ein solches Vorgehen angesichts der gesetzlichen Klarheit nicht aus. Eine Lücke im Gesetz liegt nicht vor, und die Annahme der Legalzession entbehrt jeder gesetzlichen Grundlage. Selbst unverhältnismässige Akzentuierungen von Gemeinschaftlichkeit, gemeinsamem Interesse und Praktikabilität vermögen nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die schuldrechtliche Regelung klar ist und keiner Ergänzung bedarf⁶³.

4.2.3. Abtretbarkeit der Gewährleistungsrechte

1) In dem BGE 109 II 423 ff. zu Grunde liegenden Sachverhalt ging es primär um werkvertragliche Nachbesserung⁶⁴. Erst nachdem der Unternehmer diese nicht erbracht hatte, verzichtete die Gemeinschaft und machte stattdessen die Forderung auf Rückleistung von Fr. 102 200.— geltend. Angesichts dieser Rechtslage hielt es das Bundesgericht nicht für notwendig, das Problem der Abtretbarkeit von Gewährleistungsrechten im einzelnen zu erörtern⁶⁵.

2) Art. 367 ff. OR stellen dem Besteller, d.h. dem Stockwerkeigentümer, verschiedene Massnahmen zur Verfügung. Ausser dem Nachbesserungsrecht hat er Minderungs-, Wandlungs- und, kumulativ dazu, Schadenersatzrechte

62 Das St. Galler Kantonsgericht (zit. Anm. 61) wirft in seiner Argumentation beides in einen Topf: "(...) die Gemeinschaft (...) als von Gesetzes wegen aktivlegitimiert und entsprechend auch prozessfähig zu betrachten" (a.a.O., S. 167).

63 Dennoch ist D. Zobls Aussage in BR 1985, Heft 1 S. 19 nicht zutreffend. Die Aktivlegitimation bestimmt sich nämlich durchaus nicht stets nach Schuld- sondern gelegentlich auch nach Sachenrecht. Sein Vorwurf an das St. Galler Kantonsgericht, allgemein "sachenrechtliche Grundsätze mit schuldrechtlichen Maximen" durcheinanderzubringen, ist allerdings korrekt (vgl. oben Anm. 61).

64 Vgl. ausdrücklich in Pra 73 (1984), Nr. 89, S. 224.

65 Vgl. P. Gauch, Anmerkung zu BGE 109 II 423 ff., in BR 1985, S. 16; im Urteil selbst wird auf S. 426, E.e), das Problem der Sachlegitimation als bereits vorinstanzlich erledigt erachtet.

zur Hand⁶⁶. Ihre Geltendmachung unterliegt gewissen Prioritätsregeln und, insbesondere bei der Wandelung, einschneidenden Beschränkungen. Was aber in den meisten Darstellungen auf diesem Gebiet übergangen wird⁶⁷, ist eine Besonderheit des Stockwerkeigentums im Bereich der gemeinschaftlichen Teile: Auf ein einziges Objekt richten sich grundsätzlich so viele parallele Gewährleistungsansprüche, wie Stockwerkeigentümer vorhanden sind⁶⁸.

Nach vorherrschender Lehre bestimmt sich die Abtretbarkeit von Gewährleistungsrechten in erster Linie nach der Natur des Rechts, in weiterer Abstufung nach Art und Intensität von dessen Beziehung zum Werkvertrag. Dementsprechend unproblematisch liegt der Fall der Schadenersatzforderung; diese ist gewöhnlich nach den Regeln von Art. 164 ff. OR zu zedieren⁶⁹.

Bei den drei Gestaltungsrechten gilt es zu differenzieren: Während Wandlungs- und Minderungsrecht nach verbreiteter Auffassung⁷⁰ akzessorischer Art sind und folglich nicht losgelöst vom Werkvertrag übertragen werden können, steht der Abtretung des Nachbesserungsrechts deshalb nichts im Wege, weil dessen Geltendmachung vom Bestand des Werkvertrages unabhängig erfolgt^{71,72}.

3) Um an den obgenannten Gedanken betreffend der Spannung zwischen einem einzigen Objekt und zahlreichen, sich auf dieses beziehenden Rechten anzuknüpfen, sei auch auf eine von Weber vertretene weitere Unterteilung eingetreten⁷³: Ihr Aufhänger liegt im Bemühen, den Unternehmer nicht

66 Vgl. den Überblick in Gauch, Nr. 1012 ff.; einzig die Schadenersatzrechte setzen ein Verschulden des Unternehmers voraus (Gauch, Abtretung S. 23).

67 Gauch, Nr. 1779 ff., mit Literaturhinweisen v.a. in Nr. 1781; vgl. dagegen Weber, Gewährleistung S. 68.

68 Vgl. oben § 2.2.2.

69 Der Grundsatz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet" lässt nur die Abtretung des Schadens des Bestellers zu. Zusätzlicher Schaden des Zessionars kann dem Unternehmer derart nicht angelastet werden (Gauch, Abtretung S. 25).

70 Egli, BR 1983 S. 7, verweist hiezu auf die "ziemlich gefestigte Lehre und Rechtsprechung".

71 Egli, BR 1983 S. 7; mit Egli (a.a.O.) ist der nicht restlos geklärten Frage, ob das Nachbesserungsrecht ein Gestaltungsrecht sei oder nicht, hier keine Bedeutung beizumessen.

72 Es ist hier von Gestaltungsrechten die Rede – die aus ihnen entstehenden Forderungen sind durchwegs übertragbar (Gauch, Abtretung S. 25). Diese Unterscheidung ist allerdings BGE 109 II 426 nicht zu entnehmen, wo lediglich von "Abtretung der sei- nerzeitigen Bauherrin" die Rede ist.

73 Weber, Gewährleistung S. 69 f.

ungerechtfertigterweise einer Mehrfachbelastung auszusetzen, weshalb teilbare von unteilbaren Leistungen zu separieren seien; es könnten "gewisse Mängelansprüche nur "einmal" ausgeübt beziehungsweise durchgesetzt" werden⁷⁴. Weber weist darauf hin, dass gerade der Erfolg einer Nachbesserungsleistung sich an der ganzen gemeinschaftlich gehaltenen Sache unmittelbar auswirke, die einzelnen Ansprüche somit "gemeinschaftsbezogen und gemeinschaftsgebunden" seien. Nachbesserungsansprüche⁷⁵ und ihre Erfüllung seien deshalb unteilbar, selbst wenn sie nur von einem einzigen Stockwerkeigentümer geltend gemacht würden. Minderungs-, Wandelungs- und Schadenersatzrechte hingegen stellten (teilbare) Individualrechte dar⁷⁶.

4) Es ist m.E. davon auszugehen, dass die gleichlaufenden Werkverträge der Stockwerkeigentümer mit dem Ersteller in bezug auf die gemeinschaftlichen Teile miteinander identisch sind. Jedem Einzelnen wird, unter Vorbehalt seiner Entscheidungsgewalt im sonderrechtlichen Bereich, ein und dasselbe Werk geschuldet. Ein Werkmangel an gemeinschaftlichen Teilen, d.h. "eine Abweichung des Werkes vom Vertrag"⁷⁷, ist naheliegenderweise für alle Stockwerkeigentümer der gleiche; ein resultierender Minderwert wirkt sich anteilmässig aus⁷⁸.

Dennoch bleibt ein von einem oder mehreren Stockwerkeigentümern erstrittenes Urteil ohne Rechtskraft für die weiteren Verfahren⁷⁹. Ein unmittelbarer Effekt wird einzig auf dem Gebiet der Nachbesserung erzielt, indem zumindest das den Anspruch gutheissende Urteil faktisch gegenüber sämtlichen Stockwerkeigentümern die gleiche, umfassende Wirkung zeitigt.

74 Weber, Gewährleistung S. 69.

75 Nebst Fertigstellungsansprüchen (Weber, a.a.O.).

76 Die individuellen Gewährleistungsrechte sind unabhängig voneinander in Parallelverfahren geltend zu machen. Dieses Nebeneinander steht im Gegensatz zur bloss einmaligen, unteilbaren Nachbesserungsleistung. Auszuklammern ist im folgenden das individuelle Wandelungsrecht, da bei der Erstellung von Stockwerkeigentums-Bauten wohl meist Art. 368 Abs. 3 OR durchgreift.

77 Gauch, Nr. 915; Art. 368 Abs. 1 OR.

78 Darin liegt wohl auch das Hauptmerkmal der Individualrechte. Im Gegensatz zu ihnen ist die bloss anteilmässige Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen auf Ausbesserung undenkbar. Der Minderwert ist deshalb für alle (relativ) gleich hoch, da er sich objektiv berechnet, vgl. BGE 105 II 101; Gauch, Nr. 1137 ff.

79 Vgl. auch Weber, Gewährleistung S. 70, allerdings beschränkt auf Minderungs- und Schadenersatzklagen (Lösungsvorschlag: Pilotprozess).

5) Ob man nun die Gewährleistungsrechte nach Akzessorietät oder nach Teilbarkeit gliedert, scheint ohne Auswirkungen auf die Regelung der Abtretbarkeit der Minderungsrechte zu bleiben, und die unliebsame Konsequenz, anteilmässig gegen den Unternehmer oder, im Falle von Zweit- oder Dritt-erwerb, zuerst noch gegen die jeweiligen Vorgänger klagen zu müssen, scheint unumgänglich zu sein⁸⁰. Wenn es aber schon gelungen ist, Rechts-, Handlungs-, Partei- und Prozessfähigkeit der Gemeinschaft derart zu fassen, dass letztere Gewährleistungsansprüche erwerben und durchsetzen kann und darf, ist der Gefahr entgegenzuwirken, dieses Ergebnis von anderer Seite her seiner Wirksamkeit zu berauben. Die von der Lehre grösstenteils undifferenziert verneinte Abtretbarkeit des Minderungsrechts sei deshalb etwas eingehender untersucht.

6) Die Abtretung des Minderungsrechts ist nach verbreiteter Auffassung nichtig⁸¹. Dies wird damit begründet, dass das Minderungsrecht in akzessorischer, unlösbarer Verbindung mit dem Werkvertrag stehe – seine Ausübung greife "notwendig in den ganzen Werkvertrag (einschliesslich der Schuldnerstellung des Bestellers) ein"⁸². Auf eine einlässliche Begründung, speziell auch dafür, warum Wandelungs- und Minderungsrecht stets einheitlich behandelt werden, wird verzichtet.

Demgegenüber machen sich namentlich in der deutschen Lehre Stimmen bemerkbar, welche die gegenteilige Meinung vertreten⁸³. Das Minderungsrecht wird dabei vom Wandlungsrecht gesondert behandelt, die Akzessorietät in der oben beschriebenen Strenge verneint. Der BGH hat sich dieser Entwicklung nicht verschlossen und auch in ihrem Sinne entschieden⁸⁴; in bewusster Ausklammerung der Wandelung und der Frage nach deren Abtretbarkeit erfordere die Minderung ausdrücklich eine Sonderbehandlung, was zum Schluss der Abtretbarkeit führe. Dies trifft m.E. aus folgenden Gründen zu:

80 Vgl. oben § 5. 4.2.1.2. 2); an jener Stelle wurde die Fähigkeit der Gemeinschaft beleuchtet, Gewährleistungsansprüche allgemein erwerben zu können; den erwähnten unerwünschten Zwang galt es auch aus jener Optik als negative Folge in die Überlegungen miteinzubeziehen.

81 Art. 20 OR, vgl. Gauch, Abtretung S. 25; Egli, BR 1983 S. 7; Weber, Gewährleistung S. 72, folgt ohne Kommentar dieser Meinung.

82 Gauch, Abtretung S. 25.

83 Vgl. die umfangreiche Auflistung in der (deutschen) Juristen-Zeitung 41 (1986), Heft 2 S. 85.

84 Urteil vom 11.7.1985 – VII ZR 52/83 (OLG Oldenburg).

7) Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Minderung den Bestand des Vertrages betrifft und gar in diesen eingreifen kann. Der Werkvertrag bleibt trotz Minderung erhalten, erfährt aber eine Korrektur, da der Erwerbspreis des Bestellers vermindert wird. Das Minderungsrecht bewirkt nicht die Rückabwicklung eines Schuldverhältnisses, sondern hat die Ausgleichung einer Vermögenseinbusse des Bestellers zum Ziel⁸⁵.

Eine (erlaubte) Zession von Minderungsrechten hat auf die miteinbezogenen Interessen einen Einfluss, welcher m.E. auch unter Berücksichtigung der eigentumsähnlichen Stellung des Stockwerkeigentümers zu vertreten ist. Der resp. die Unternehmer werden infolge der Zession nicht schlechter gestellt, stehen doch sämtliche Einreden aus dem Verhältnis mit dem Zedenten weiterhin zur Verfügung⁸⁶. Der Umstand, statt einer einzigen Person möglicherweise mehreren gegenüberzustehen, mag erschwerend, allenfalls störend wirken. Härter betroffen scheinen davon jedoch die (mehreren) Zessionare zu sein, sind diese doch gezwungen, anstatt des zedierenden Bauherrn gegen ihnen nicht näher bekannte Unternehmer mit u.U. nicht klar durchschaubaren Kompetenzaufteilungen vorzugehen. Kommt die Notwendigkeit hinzu, möglicherweise gemeinsam gegen die Unternehmer zu handeln, sich m.a.W. gezwungenermassen zu organisieren.

Diese negativen Auswirkungen werden aber bei weitem aufgewogen durch den Vorteil des Zessionars, überhaupt etwas in den Händen zu haben. Angesichts der Unmöglichkeit, das Wandelungsrecht zu zedieren, und des Risikos, wegen übermässig hoher Verbesserungskosten vom Nachbesserungsanspruch ausgeschlossen zu sein⁸⁷, erhält die Abtretbarkeit der Minderungsrechte für die Erwerber zusätzliche Bedeutung⁸⁸.

85 Juristen-Zeitung (zit. Anm. 83) S. 86; dennoch darf das Minderungsrecht nicht einem Schadenersatzrecht gleichgesetzt werden (BGE 85 II 193).

86 Egli, BR 1983 S. 8; Art. 169 OR.

87 Vgl. ZR 79 (1980) Nr. 129, S. 278 ff.; das Zürcher Obergericht hielt fest, dass nicht Schadenersatz, sondern die übrigen Mängelrechte an die Stelle der verunmöglichten Nachbesserung treten (ebenso Gauch, in BR 1981 S. 54); vgl. BGE 111 II 173 ff. (Besprechung dieses Urteils durch Alfred Koller, BR 1 / 1986, S. 10 ff.).

88 Die Stellung der Zedenten wird ohnehin weitgehend dadurch bestimmt, wie weit vom Freizeichnungsrecht Gebrauch gemacht wird; vgl. zu diesem Themenkreis Egli, BR 1983 S. 8 f.

4.2.4. Fazit

1) Auch ohne eine, in der Lehre verschiedentlich geforderte, Neufassung des Verwaltungsbegriffs lassen sich Handlungs- und Prozessfähigkeit der Gemeinschaft ausdehnen. Eine stark gemeinschaftlich ausgerichtete Auslegung erlaubt es, unter gleichzeitiger Loslösung von einer betont schuldrechtlichen Betrachtungsweise, die Gemeinschaft auch Gewährleistungsrechte Dritter betreffend gemeinschaftlicher Teile erwerben und durchsetzen zu lassen.

2) Mit solcherart erweitertem Verständnis der Verwaltungstätigkeit geht die Anerkennung der Abtretbarkeit von Minderungsansprüchen einher, unterscheiden sich letztere doch wesensmässig kaum von Nachbesserungsrechten, deren Abtretbarkeit unbestritten ist. Dieser Schluss hilft mit, die zulässigen Ausmasse der Prozessfähigkeit einerseits, der Sachlegitimation anderseits einander möglichst weitgehend anzunähern: Lediglich zur Durchführung der Wandelungsklage kann die Sachlegitimation der Gemeinschaft nicht vorliegen.

5. Prozessunfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft

5.1. Allgemeine Regelung: Der Mangel und seine Behebung

1) Fehlt die Prozessfähigkeit einer Partei, so ist eine Prozessvoraussetzung nicht erfüllt¹. Ist dies auf seiten des Klägers bereits anlässlich der Klageeinleitung der Fall, erlässt das angerufene Gericht ein Prozessurteil, welches auf Nichteintreten lautet. Andernfalls, bei Eintritt der Prozessunfähigkeit während des Verfahrens, sorgt das Gericht für die Fortsetzung desselben, indem es für die Übernahme der Prozessführung allfälligen gesetzlichen Vertretern Frist ansetzt².

Bei Prozessunfähigkeit des Beklagten wird stets gleich vorgegangen: der gesetzliche Vertreter wird in jedem Fall zur Führung resp. Weiterführung des Prozesses angehalten. Die Klage wird nicht von der Hand gewiesen³.

2) Liegt ein ursprünglicher Mangel an Parteifähigkeit vor, tritt das Gericht nicht auf die Klage ein. Der Eintritt des Mangels während des Verfahrens bewirkt, dass letzteres als gegenstandslos abgeschrieben wird⁴.

5.2. Problemstellung im Falle der Stockwerkeigentümergeinschaft

Bis hierher betrafen die Ausführungen die Grundfrage, ob, und im Bejahungsfall, wie weitreichend der Gemeinschaft (Partei- und) Prozessfähigkeit zukomme. Es wurde dabei stillschweigend vorausgesetzt, dass überhaupt eine Gemeinschaft vorliege. Wann aber ist dies tatsächlich der Fall?

Die Beantwortung dieser Frage übt auf die Prozessfähigkeit und weitere prozessuale Problemkreise starken Einfluss aus. So können beispielsweise die örtliche und sachliche Zuständigkeit für Streitigkeiten aus "gemeinschaftli-

1 Vgl. oben § 5. 1.2.

2 Walder, § 9 Rz 2.

3 Walder, § 9 Rz 3; vgl. i.ü. oben § 5. 1.4.

4 Walder, § 8 Rz 8.

cher“ Verwaltung erheblich differieren, je nach dem, ob man eine Gemeinschaft auch nach (erlaubterweise) erfolgter Vereinigung sämtlicher Stockwerkeinheiten in einer Hand als existent und handlungsfähig betrachtet. Ähnlich verhält es sich dann, wenn die Liegenschaft zwar zu Stockwerkeigentum aufgeteilt, der Verkauf der einzelnen Einheiten aber noch nicht erfolgt ist. Angetönt sei hier die Unklarheit, ob ein solcher Stockwerkeigentum-Alleineigentümer direkt oder auf dem “Umweg“ über die Gemeinschaft ins Recht zu fassen sei.

5.3. Beginn und Ende der Prozessfähigkeit der Gemeinschaft

5.3.1. Begründung von Stockwerkeigentum⁵

Zur Begründung von Stockwerkeigentum an einer Liegenschaft reichen bereits die dahingehende Erklärung des Alleineigentümers und der entsprechende Grundbucheintrag aus, wenn zumindest auf Plänen die Art der Aufteilung festgehalten ist. Das Bestehen eines Gebäudes ist dazu nicht erforderlich⁶. Der Eintrag kann auch auf Grund einer Vereinbarung aller Miteigentümer, ihre Anteile zu Stockwerkeigentum ausgestalten zu wollen, erfolgen.

5.3.2. Entstehung der Gemeinschaft

5.3.2.1. Eigene Rechtspersönlichkeit

1) Die Gemeinschaft zeichnet sich durch eigene Rechtspersönlichkeit aus⁷. Ihre gesetzlich festgelegten Rechte und Pflichten kommen ihr zu, ohne dass es einer vorgängigen Gründung und/oder Publikation bedürfte.

5 Art. 712 d ZGB; vgl. F. Schmid, Die Begründung von Stockwerkeigentum; Diss. Zürich 1972.

6 Friedrich, Regl. § 1 Rz 2.

7 Vgl. oben § 5.2.5.4.

2) Begründung von Stockwerkeigentum auf Grund einer Vereinbarung der Miteigentümer einer Liegenschaft spielt in der Praxis eher eine untergeordnete Rolle⁸. Von grösserer Bedeutung ist die Begründung nach (einseitiger) Aufteilung von Alleineigentum in Miteigentumsanteile, mit welchen Sonderrechte unlösbar⁹ verbunden werden. Wohl wird schon durch die blossе Bezeichnung als Gemeinschaft diesem Gebilde "unterstellt", mehrere Mitglieder zu haben. Dennoch fällt seine Entstehung mit der gültigen Eintragung der Aufteilung einer Liegenschaft zu Stockwerkeigentum zusammen, selbst wenn daran nur eine einzige Person beteiligt ist, welche sämtliche Stockwerkeinheiten in ihrer Hand behält. Dieser Schluss rechtfertigt sich dadurch, dass das Gesetz die Funktion der Gemeinschaft von deren Mitgliederzahl und -zusammensetzung¹⁰ unabhängig bestimmt. "Gemeinschaft" ist eine konkrete Körperschaft mit beschränkter Rechtspersönlichkeit, und als solche auch Subjekt und Träger gewisser, mit jeder Etablierung von Stockwerkeigentum unmittelbar verbundener, Aufgaben und Funktionen.

3) Eine hievon abweichende Ansicht führt in mancher Hinsicht zu merkwürdigen Resultaten. Es wären namentlich im Falle des Auskaufs aller übrigen Gemeinschaftler jeweils sämtliche Rechte von der Gemeinschaft auf den Allein-Eigentümer zu übertragen. Gleiches hätte auch mit den Verpflichtungen zu geschehen, was gemäss Art. 175 f. OR erst noch die Zustimmung der Gläubiger erforderte.

Die Folgen der Rechtsunsicherheit und Unübersichtlichkeit erstreckten sich auf den umgekehrten Fall. Insbesondere den Übergang von Verpflichtungen einer natürlichen oder vollkommenen juristischen Person auf die erst nachträglich entstehende Gemeinschaft könnten Gläubiger infolge mangelnden Vertrauens scheuen.

8 Vgl. für die deutschen Verhältnisse Deckert, Recht und Praxis S. 31.

9 Zur Unlösbarkeit und demzufolge nicht bestehenden gesonderten Verkehrsfähigkeit des Sonderrechts, vgl. oben § 4. 1.1.

10 Insbesondere die Tatsachen der (privatrechtlich) freien Übertragbarkeit von Stockwerkeigentum und der Unbeachtlichkeit der personellen Zusammenstellung der Gemeinschaft werden als gängige Argumente verwendet, die Körperschaftlichkeit der Gemeinschaft aufzuzeigen; vgl. § 5. 4.2.1.2., insbes. Anm. 52, und unten, Anm. 12.

5.3.2.2. Die Einmann-Gemeinschaft

1) Vergleichbar mit den Einmann-Aktiengesellschaften, kommen auch häufig Einmann-Stockwerkeigentümergeinschaften vor¹¹. Sie stehen in keinerlei Widerspruch zu gesetzlichen Vorschriften¹², wenn auch die Frage nicht ganz unberechtigt erscheint, ob dadurch dem Grundgedanken des Mit-eigentums, nämlich die Aufteilung einer Sache nach Bruchteilen ohne äusserliche Abtrennung unter mehrere Personen¹³ Genüge getan werde¹⁴.

2) Im Bereich gemeinschaftlicher Verwaltung ändert sich an der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft grundsätzlich nichts. Auch bleibt es dabei, dass für solches rechtliches Handeln das Vermögen der Gemeinschaft zur Verfügung steht und haftet¹⁵. Einzig für den Fall missbräuchlicher Berufung auf die Körperschaftlichkeit der Gemeinschaft lässt sich in Anlehnung an das aktienrechtliche Missbrauchs- und Durchgriffsrecht¹⁶ die direkte Belangung des im Hintergrund stehenden Stockwerkeigentümers denken. Derartige Hindurchgreifen durch den Schleier der vorgeschobenen juristischen Person auf den, mit dieser wirtschaftlich identischen, Gesellschafter ist aus-

11 Im Unterschied zur AG tritt jedoch die Einmann-Gemeinschaft i.d.R. in Übergangsstadien auf.

12 Es besteht insbesondere kein Anspruch Dritter darauf, dass analog zur aktienrechtlichen Regelung (Art. 625 Abs. 2 OR) der Gemeinschaft eine Mindestanzahl Mitglieder anzugehören hätte. Betr. der Verhältnisse gemäss deutschem WEG, vgl. Belz August, Das Wohnungseigentum: Erwerb, Verwaltung, Haftung; Stuttgart 1980, II. 4.3.: "Dem Eigentümer (...) ist dadurch die Möglichkeit eröffnet, sein Eigentum (...) aufzuspalten und originär eine Einmann-Wohnungseigentümergeinschaft zu gründen." Erst die Aufnahme weiterer Wohnungseigentümer bringe die Gemeinschaft jedoch "auch faktisch zur Entfaltung".

13 Art. 646 Abs. 1 ZGB.

14 Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB klärt diese Unsicherheit, indem einem Alleineigentümer die Aufteilung seines Grundstückes zu Stockwerkeigentum erlaubt wird. Wohl geht dies normalerweise der Veräusserung der einzelnen Einheiten voraus (vgl. Liver, SPR V/1 S. 58 und S. 98); dies ist aber weder vorgeschrieben, noch werden dafür Fristen angesetzt.

Auch wenn sämtliche Einheiten von einer einzigen Person gehalten werden, werden sie (weiterhin) je auf gesonderten Grundbuchblättern aufgeführt (Art. 10a Abs. 2 und Art. 33a GBV).

15 Es ist unbestritten, dass die Einmann-AG Rechtspersönlichkeit und Parteifähigkeit aufweist, auch wenn nur ein einziger Aktionär existiert; vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 1 Rz 6, und Ottomann, S. 5 f.

16 Zur ganzen Problematik vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 Rz 29 mit Hinweisen auf die Praxis; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht, Bern 1976, § 46 Rz 27 f.; Homburger, Zum Durchgriff nach schweizerischem Recht, SJZ 67 (1971) S. 249 ff.

schliesslich dann zulässig, wenn die körperschaftliche Eigenständigkeit in zweck- und funktionswidriger Weise missbraucht wird¹⁷.

3) Die Durchgriffs-Problematik erweist sich indes im Stockwerkeigentumsrecht als mässig aktuelle Materie. Das hängt in erster Linie damit zusammen, dass Handlungs- und Vermögensfähigkeit der Gemeinschaft, auf die Verwaltungstätigkeit beschränkt, als innerhalb relativ enger Schranken limitierte Grössen eine selbständige, wirtschaftliche Zielverfolgung nicht erlauben¹⁸.

4) Dass die Interessen der Gläubiger den Durchgriff durch eine gültig zustandegekommene Gemeinschaft nicht erfordern, verdeutlicht die Haftungsordnung¹⁹ im Stockwerkeigentumsrecht. Die indirekte, anteilmässige, persönliche und unbeschränkte Haftpflicht der Stockwerkeigentümer konzentriert sich auf die indirekte persönliche, unbeschränkte Haftpflicht einer einzigen Person, wenn diese sämtliche Einheiten auf sich vereinigt. Der Umstand, dass die Haftung indirekt bleibt, bedeutet angesichts ihrer Unbeschränkbarkeit²⁰ keine Gefährdung der Gläubiger, kann folglich unter diesem Gesichtspunkt nicht missbräuchlich sein.

5) Unbesehen der vergleichsweise geringen Bedeutung des Problems sei die zivilprozessuale Rechtsfolge des materiellen²¹ Durchgriffs im Stockwerkeigentumsrecht festgehalten. Sie ist dieselbe wie im Aktienrecht: Partei- und Prozessfähigkeit bleiben erhalten²².

17 Die Beurteilung erfolgt nach den Kriterien von Treu und Glauben und des Verbotes der Gesetzesumgehung; vgl. Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht Bd. I/1, Zürich 1981; § 1 Rz 109 f.

18 Obwohl Verwaltungstätigkeit auch Geschäftsführung im gemeinsamen Interesse aller Stockwerkeigentümer umfasst, verharret sie doch alles in allem in verwaltungstypischer Statik, prinzipiell auf das vorhandene, bestehende Gut ausgerichtet, vgl. oben § 5. 4.1.3.

19 Vgl. oben § 5. 2.6.

20 Ist eine juristische Person Allein-Stockwerkeigentümerin, bleibt ihre Haftung, auch gegenüber der Gemeinschaft, auf ihr Vermögen beschränkt. Ob sich allenfalls gesellschafts-intern ein Durchgriff rechtfertigt, ist von der Ebene, auf welcher die Gemeinschaft steht, getrennt zu untersuchen.

21 Ottomann, S. 6.

22 Der Grund liegt in der Lokalisierung des Durchgriff-Tatbestandes: Da dieser im materiellen Recht anzusiedeln ist, betrifft er die Frage der Sachlegitimation. Eine die Einrede des Durchgriffs bejahende Entscheidung des Gerichts muss in Form eines Sachurteils erfolgen (Ottomann, S. 6; Forstmoser, Aktienrecht I § 1 Rz 49 ff., verweist vorbehaltlos auf Ottomann, S. 5 f.).

5.3.3. *Aufhebung der Gemeinschaft (Art. 712f ZGB)*

5.3.3.1. *Aufhebung des Stockwerkeigentums*

Die Beendigung des Stockwerkeigentums erfordert die Zustimmung aller Gemeinschaftsmitglieder²³. Sie erfolgt nicht bereits durch Vereinbarung oder Erklärung, sondern erst durch die Löschung im Grundbuch²⁴, welche der Einwilligung derjenigen Personen bedarf, welche durch Umlegung ihrer dinglichen Berechtigung an Stockwerken auf das gesamte Grundstück infolge Rangverlusten Nachteile erleiden könnten²⁵.

5.3.3.2. *Übergang von Rechten und Pflichten*

Die Gemeinschaft hört grundsätzlich nach Löschung des Stockwerkeigentums-Eintrages im Grundbuch auf zu existieren – wo kein Stockwerkeigentum mehr besteht, ist auch kein Raum für eine Stockwerkeigentümergeinschaft. M.a.W. zieht die Auflösung des Stockwerkeigentums automatisch auch das Ende der Gemeinschaft als Trägerin gewisser Rechte und Pflichten nach sich, wodurch diese auf die resp. den Eigentümer der Liegenschaft übergehen.

5.4. **Prozessunfähigkeit der Gemeinschaft**

Die Stockwerkeigentümer-Gemeinschaft kann aus verschiedenen Gründen prozessunfähig sein. Einerseits mag der Streitgegenstand ausserhalb des Bereiches ihrer Verwaltungstätigkeit liegen, anderseits mag sie selbst an einem Mangel leiden, welcher ihre Prozessunfähigkeit bewirkt.

23 Ausnahmen von diesem Grundsatz bilden die Fälle, da das Stockwerkeigentum seinen Gegenstand verliert (Untergang der Liegenschaft; Ablauf des Baurechts, Art. 712 f Abs. 1 ZGB).

24 Romang, Teil 8, 5.1 S. 2.

25 Art. 712f Abs. 2 ZGB; vgl. Friedrich, Regl. § 53 Rz 6 betr. der Grundpfandrechte.

5.4.1. Streitgegenstand ausserhalb der Verwaltungstätigkeit

Dies ist, so ist man versucht zu sagen, der Normalfall. Er lag praktisch allen Fällen zu Grunde, deren Beurteilung bisher publiziert wurde. Abhängig von der Auslegung des Begriffs der Verwaltungstätigkeit, kamen die Gerichte jeweils zu unterschiedlichen Resultaten²⁶.

5.4.2. Mangel der Gemeinschaft selbst

5.4.2.1. Einleitung

Rechts- und Handlungsfähigkeit sind Eigenschaften, welche die Gemeinschaft, wenn auch umfangmässig beschränkt, zur Körperschaft werden lassen. Wie bereits erwähnt, bestimmen sich deren Grenzen danach, welche Bedeutungen und Inhalte der Verwaltungstätigkeit beigemessen werden. Worin aber sind allfällige innere Kriterien der Prozessfähigkeit resp. -unfähigkeit der Gemeinschaft zu erblicken? Sind die Überlegungen zu diesem Problemkreis bezüglich reiner juristischer Personen²⁷ auf das Stockwerkeigentumsrecht übertragbar?

5.4.2.2. Verwalter, Versammlung und Handlungsfähigkeit

1) Die Handlungsfähigkeit juristischer Personen ist zu bejahen, sobald die gesetzlich und statutarisch "unentbehrlichen Organe bestellt"²⁸ sind. Fehlen diese erforderlichen Organe, liegt Handlungsunfähigkeit, ausserdem auch Prozessunfähigkeit, vor. Dies ist insbesondere dann denkbar, wenn die eine Person, welche die Verwaltung einer Gesellschaft erledigt, dauernd ausfällt und

26 Vgl. oben § 5.4.; BGE 106 II 11 ff.; BGE 109 II 423 ff.; PKG 1978, S. 9 ff.; Entscheid des Bezirksgerichts Meilen vom 18.11. 1982, mitgeteilt in SJZ 80 (1984) S. 212 ff.; ZWR 1981, S. 212 ff.; PKG 1975, S. 24 ff.; ZR 80 (1981), Nr. 134 (betr. Miteigentümergeinschaft); Entscheid St. Gallen, Kantonsgericht II. ZivK vom 25.3.1983, mitgeteilt in SJZ 80 (1984) S. 166 f. (= GV St. Gallen, 1983 S. 66 ff.).

27 Vgl. Ottomann, S. 23 ff.

28 Art. 54 ZGB.

nicht unverzüglich ersetzt wird²⁹. Ob die Gemeinschaft über Organe in diesem Sinne verfügt und welche es, im Bejahungsfall, seien, ist ziemlich unklar.

2) Bezüglich der rechtlichen Qualifizierung des Verwalters im Stockwerkeigentumsrecht ist sich die Lehre in einem Punkt weitgehend einig: Der Verwalter ist kein Organ³⁰ im Sinne des Gesellschaftsrechts, sondern lediglich ein mit beträchtlichen Rechten und Pflichten versehener Funktionsträger, ein "Organ" im technischen Sinn³¹. Als blosser Vertreter ist er nicht organmässiger Teil der Gemeinschaft³², sondern steht dieser gegenüber in vertraglichem Unterordnungsverhältnis. Es fehlen namentlich seine organschaftliche Verantwortlichkeit gegenüber den Stockwerkeigentümern, der Gemeinschaft sowie Dritten, sowie die Haftung der Gemeinschaft im Aussenverhältnis nach Massgabe von Art. 55 ZGB³³.

Art. 712I ZGB erwähnt den Verwalter richtigerweise nicht als Voraussetzung der gemeinschaftlichen Handlungsfähigkeit. Diese kann somit, unter Berücksichtigung von Art. 54 ZGB, gegeben sein, ohne dass vorgängig ein Verwalter bestellt wurde; gleiches gilt bezüglich der Prozessfähigkeit³⁴.

3) Auch die Versammlung der Stockwerkeigentümer stellt kein eigentliches Organ nach gesellschaftsrechtlichen Massstäben dar³⁵. Insbesondere die stockwerkeigentumsrechtliche Haftungsregelung bewegt sich in eigenen Bahnen³⁶. Nichtsdestoweniger nimmt die Versammlung in der stockwerk-

29 Ottomann, S. 24.

30 Vgl. anstatt vieler: Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 Rz 18 ff.

31 Friedrich, Regl. § 42 Rz 2; Frei, S. 110 ff.; K. Müller, S. 80 f. und S. 104.

32 Auf andere Weise kann er jedoch durchaus Teil der Gemeinschaft sein, indem auch er Eigentümer einer Stockwerkeinheit sein darf.

33 Frei, S. 110 f.; K. Müller, S. 104; Friedrich, Regl. § 46 Rz 11.

Auch die Auffassung, der Verwalter sei gesetzlicher Vertreter der Gemeinschaft, wird von der herrschenden Lehre abgelehnt (Weber, S. 463; Frei, S. 110).

34 Zur Einschränkung bez. des summarischen Verfahrens, vgl. § 5. 5.4.2.3.

35 K. Müller, S. 69 f., ist immerhin im Ergebnis beizupflichten, wenn er auch der Gemeinschaft generell jede Rechtspersönlichkeit abspricht und auf diesem Wege darauf schliesst, mangels juristischer Rechtspersönlichkeit seien Existenz und Bejahung irgendwelcher Organe zu verneinen.

Friedrich, Regl. § 29 Rz 1, nennt die Versammlung "notwendiges und (...) oberstes Organ der Gemeinschaft".

36 Vgl. auch oben § 5. 2.6.3.

eigentumsrechtlichen Organisationsstruktur die höchste Position ein. "Ohne sie wäre die gemeinsame Willensbildung nicht möglich"³⁷, Beschlüsse könnten nicht gefasst und folglich durch den Verwalter nicht ausgeführt und durchgesetzt werden.

Wohl nimmt die konkrete, gesetzliche Normierung der Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft auch keinen Bezug auf die Versammlung, erscheint deshalb als von dieser unabhängig. Dennoch ist, im Gegensatz zum Verwalter, das Rechtsinstitut der Versammlung zwingend erforderlich³⁸ – ist ihr Funktionieren gestört, ist die gemeinschaftliche Verwaltung, ja die Handlungsfähigkeit generell, de facto blockiert und lahmgelegt³⁹.

5.4.2.3. *Verwalter, Versammlung und Prozessfähigkeit*

1) Trotz Verneinung seiner Organstellung sei noch einmal auf den Verwalter eingetreten. Grundsätzlich kann seine Bestellung keinen Einfluss auf das Vorliegen resp. das Fehlen der Prozessfähigkeit einer Gemeinschaft haben, andernfalls Gemeinschaften ohne Verwalter sinnwidrigerweise stets prozessunfähig wären⁴⁰.

Die besondere Ausgestaltung der Kompetenzregelung⁴¹ mag zur Annahme verleiten, die Bestellung eines Verwalters löse die Frage der Prozessfähigkeit vom Institut der Gemeinschaft ab, soweit es sich um summarisches Verfahren handle. Dieser Schluss ist jedoch unkorrekt. Ist eine Auseinandersetzung im Bereich gemeinschaftlicher Verwaltung zu lokalisieren, muss stets die Prozessfähigkeit der Gemeinschaft überprüft werden. Art. 712t Abs. 2 ZGB be-

37 K. Müller, S. 70.

38 Weber, S. 309; Weber, S. 309 f. weist wie K. Müller, S. 70, darauf hin, dass immerhin die Form der Durchführung der Versammlung irrelevant sei, ja dass auch ad hoc-Versammlungen oder das schriftliche Verfahren in Betracht kämen.

39 Ausgenommen bleiben gewisse, keinem Mit- resp. Stockwerkeigentümer entziehbare Verwaltungskompetenzen (Friedrich, Regl. § 29 Rz 3 ff.); vgl. Weber, S. 459.

40 Das Recht jedes Stockwerkeigentümers und Dritten mit berechtigtem Interesse auf Bestellung eines Verwalters (Art. 712q ZGB) steht mit der Prozessfähigkeit in keinem Zusammenhang. Es besagt einzig, dass aus dem Stockwerkeigentumsrecht selbst, d.h. ohne beispielsweise richterliche Bestellung eines Beistandes (Art. 393 Ziff. 4 ZGB), die Position des Verwalters besetzt werden kann.

41 Art. 712t ZGB.

trifft lediglich die gesetzliche Vermutung der Vertretungsmacht⁴² des Verwalters, sofern sich der Streit im summarischen Verfahren austragen lässt.

2) Entscheidende, meinungsbildende Stelle in der stockwerkeigentumsrechtlichen Organisation stellt die Versammlung dar, weshalb sie funktional einem Organ der juristischen Person am nächsten verwandt erscheint⁴³. Erweist sie sich als dauernd funktions- oder beschlussunfähig, liegt deshalb, ungeachtet dessen, ob zuvor bereits ein Verwalter bestellt worden ist oder nicht, Prozessunfähigkeit der Gemeinschaft vor. Immer unter der Voraussetzung, der Streitgegenstand liege überhaupt im Kompetenzbereich der Gemeinschaft⁴⁴, hat der Richter die angezeigten Massnahmen zu treffen.

5.4.3. Folgen

1) Wenn der Streitgegenstand durch die Begriffe der Verwaltung resp. Verwaltungstätigkeit nicht abgedeckt ist, entfallen Handlungs- und Prozessfähigkeit der Gemeinschaft. Unabhängig von der prozessualen Rolle der Gemeinschaft wird der Prozess durch Prozessurteil beendet; die Ausfällung eines Sachurteils ist mangels Erfüllung aller Prozessvoraussetzungen ausgeschlossen⁴⁵.

2) Ist eine beklagte⁴⁶ Gemeinschaft aus anderen Gründen prozessunfähig, ist der Prozess grundsätzlich dennoch weiterzuführen. Mangelnde Prozess-

42 Der Umfang dieser Vertretungsmacht ist im übrigen umstritten. Mit Weber, S. 465, ist m.E. eher davon auszugehen, dass er sich nicht wie derjenige der Handlungsvollmacht, sondern wie der einer Prokura (Art. 459 OR) bestimmt.

43 Vgl. oben § 5. 5.4.2.2.

44 Vgl. dagegen oben § 5. 5.4.1.

45 Vgl. oben § 5. 1.4. (Nichteintreten). Das Urteil ergeht ohne materielle Beurteilung des Streites, insbesondere ohne Berücksichtigung der (diesfalls auch fehlenden) Sachlegitimation (in dieser Hinsicht ist dem Urteil der II. ZivK des zürcherischen Obergerichts (zit. oben § 5.4. Anm. 46), S. 130 E. 3, zuzustimmen).

46 Auch auf klägerischer Seite ist solche Prozessunfähigkeit der Gemeinschaft denkbar; sie zieht die unter oben § 5.4.1. beschriebene Folge nach sich.

fähigkeit auf Beklagtenseite ist zu beheben und darf in keinem Falle den Kläger an der Durchsetzung seiner Rechte hindern⁴⁷.

3) Beachtung verdient bei solcher Konstellation § 28 Abs. 2 ZPO, nach dessen Massgabe dem Richter das Recht zusteht, ausnahmsweise und vorläufig für eine Partei einen speziellen Prozessvertreter zu bestellen. Wie ist das Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 712q Abs. 2 ZGB, der richterlichen Bestellung des Verwalters, zu beurteilen?

§ 28 Abs. 2 ZPO und Art. 712q Abs. 1 ZGB betreffen unverkennbar Personen mit gänzlich verschiedenen Kompetenzen. Wirkt sich die Bestellung, auch die richterliche, eines Verwalters nicht auf die Prozessfähigkeit der Gemeinschaft aus⁴⁸, erweist sich die Herbeiführung derselben gerade als (einziger) Hauptzweck der Ernennung des Prozessvertreters. Aus prozessualer Sicht ist dem Prozessvertreter mehr Bedeutung zuzumessen, obwohl seine Bestimmung bloss vorläufig⁴⁹ erfolgt. Sie ist als Sofortmassnahme in Notfällen aufzufassen und mündet schliesslich, auf indirektem Weg, in ein Verfahren unter Beteiligung der Vormundschaftsbehörde aus.

Damit ist die Verwaltungsbeistandschaft, Art. 393 Ziff. 4 ZGB, angesprochen: Ein von seiten der Vormundschaftsbehörde einzusetzender Vertreter⁵⁰ der Körperschaft sorgt für die ordentliche Verwaltung, solange diese durch die Verbeiständete in Ermangelung dazu erforderlicher Organe oder aus anderen Gründen nicht sichergestellt werden kann. Er verfügt dabei über gesetzliche Vertretungsmacht⁵¹, was sich namentlich in der Prozessführung auswirken kann. Dadurch stellt er sich möglicherweise in Konkurrenz mit einem bereits bestellten Verwalter, soweit es um Rechte und Pflichten geht, welche diesem ex officio zustehen. Im nicht-prozessualen Bereich ist bei derartiger Doppelbesetzung dieser Position dem eigentlichen Verwalter m.E.

47 Walder, Prozesserledigung, S. 14. Gleichermassen schützenswert ist die prozessunfähige Beklagte, welche nicht einfach dem weiteren Prozessverlauf ausgesetzt und letzten Endes als säumige Partei behandelt werden darf. Vielmehr ist durch geeignete Vorkehrungen die Voraussetzung der vollumfänglichen Wahrung ihrer Rechte zu schaffen (Ottomann, S. 27 unter Verweisung auf ZR 69 (1970) Nr. 10.

48 Vgl. oben § 5. 5.4.2.2.

49 Entgegen des Wortlautes von § 28 Abs. 2 ZPO scheint Ottomann, S. 33 f., auf Grund einer analogen Anwendung dieser Norm die richterliche Ernennung eines Prozessvertreters auf Dauer bejahen zu wollen.

50 Tuor/Schnyder, § 44 II b.

51 Sträuli/Messmer, § 27/28 Rz 12.

grundsätzlich der Vorrang einzuräumen, handelt es sich doch bei ihm – im Gegensatz zum vormundschaftlich diktierten Beistand – um eine durch die Stockwerkeigentümer gewählte Person. Als solche vollzieht er die gesetzlich und reglementarisch gebotenen gemeinschaftlichen Verwaltungshandlungen⁵², wohingegen er, mangels juristischer Organeigenschaft⁵³, die Aufgaben einer funktionsunfähigen Versammlung nicht zu übernehmen vermag. Dieser Sinn und Zweck kommt vielmehr eben dem Verwaltungsbeistand zu, welcher sich gegenüber dem Verwalter dadurch als überlegen auszeichnet, dass seine Ernennung sich auf der Ebene der Willensbildung und Entscheidungsfindung, m.a.W. der Handlungs- und Prozessfähigkeit im Verwaltungsbereich auswirkt⁵⁴.

4) Die Einsetzung eines Beistandes für Körperschaften muss allgemein als "ultima ratio" betrachtet werden⁵⁵, als letzter Ausweg aus der seitens einer Körperschaft aus eigener Kraft nicht behebbaren Handlungs- und Prozessunfähigkeit.

52 Art. 712s Abs. 1 ZGB.

53 Vgl. oben § 5. 5.4.2.2.

54 Art. 393 Ziff. 4 i.V.m. Art. 417 Abs. 1 und Art. 395 ZGB.

55 Tuor/Schnyder, § 44 II b 2.; Ottomann, S. 30 f.

§ 6 ZUSTÄNDIGKEITEN

1. Allgemeines

1.1. Begriff

1) Ein mehrschichtiges Regelwerk führt nach verschiedenen Kriterien¹ eine Gruppierung der vielfältigen Gerichte herbei. Es soll durch möglichst klare Abgrenzung der speziellen Wirkungskreise die möglichst eindeutige Zuordnung der einzelnen Streitigkeiten gewährleisten. Die Zuständigkeitsnormen binden dabei sowohl die Gerichte, welche Fälle in ihrem Zuständigkeitsbereich behandeln dürfen und müssen, als auch die Rechtssuchenden, die sich mit ihrem Anliegen dem zuständigen Gericht unterwerfen dürfen und müssen².

2) Unter "Zuständigkeit" wird allgemein das Feld verstanden, innerhalb dessen gesetzlicher Grenzen ein Gericht zur Rechtsprechung berechtigt und verpflichtet ist³. Sie bildet Prozessvoraussetzung⁴.

1.2. Arten

Gemäss herrschender Lehre lassen sich drei Teil-Zuständigkeiten voneinander unterscheiden⁵. Sie seien an dieser Stelle, in chronologischer Reihenfolge⁶ ihrer Überprüfung, angeführt.

1 Vgl. unten § 6. 1.2.

2 Anstelle vieler: Guldener, § 8 I

3 Guldener, § 8 I, präzisiert, dass Zuständigkeit nicht rechtliches Können, sondern rechtliches Dürfen und Sollen, bestimmt; vgl. ausserdem Walder, § 7 Rz 1.

4 Walder, § 7 Rz 19

5 Vorausgesetzt wird dabei, eine allfällige, vorgängige Abklärung im internationalen Bereich habe ergeben, der betreffende Fall sei schweizerischer Gerichtsbarkeit unterworfen.

6 Diese Reihenfolge versteht sich nicht vorbehaltlos. Insbesondere kann sich die Abklärung der örtlichen anlässlich der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit als zu weit gehend erweisen, sollte sich beispielsweise nachträglich ein Sondergericht mit grösserem räumlichen Wirkungskreis (Kanton) anstelle des Bezirksgerichts als sachlich zuständige Instanz herausstellen.

Die örtliche Zuständigkeit zieht Prozesse auf Grund geographischer Bindungen der Parteien oder des Streitgegenstandes in räumlich definierte Zuständigkeitskreise gleichstufiger, gleichartiger Gerichte⁷. Demgegenüber ergibt sich die sachliche Zuständigkeit eines Gerichtes aus der spezifischen Rechtsnatur der Streitsache, allenfalls auch aus gewissen persönlichen Eigenschaften der Parteien⁸. Funktionell zuständig ist schliesslich dasjenige Gericht, welches in der Hierarchie gerichtlicher Instanzen zur rechtlichen Beurteilung berufen ist⁹.

1.3. Kompetenz-Kompetenz und Bedeutung der Unzuständigkeit

1) Die eigene Zuständigkeit zu überprüfen obliegt jedem angerufenen Gericht selbst. Man spricht deshalb von Kompetenz-Kompetenz, aus welcher das Recht und die Pflicht selbst von letztendlich unzuständigen Gerichten fliessen, die Frage nach ihrer Zuständigkeit zu beantworten¹⁰. Dabei fällt u.U. der Parteiwille¹¹ entscheidend ins Gewicht, sofern ihm nicht eine zwingende¹² Vorschrift entgegensteht.

Erkennt ein bestimmtes Gericht auf Unzuständigkeit, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung, weshalb ein, die Angelegenheit materiell entscheidendes, Sachurteil nicht gefällt werden kann¹³. Zu beachten ist, dass über die Zuständigkeit zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit¹⁴ zu befinden ist,

7 Kummer, § 13. 1.

8 Vgl. z.B. § 63 GVG.

9 Innerhalb der zuständigen Instanz kann ein Prozess verschiedenartigen Organen zugeteilt werden (vgl. beispielsweise die Abstufung des Einzelrichters gegenüber dem Kollegium, § 5 12 Abs. 2, 17 Abs. 2, 19 ff., 49 Abs. 2 GVG). Auch dies gehört ins Kapitel der funktionellen Zuständigkeit (Guldener, § 8 Anm. 6), und ist von der internen Geschäftsverteilung unter gleichartige Abteilungen zu unterscheiden (Kummer, § 13. 1.).

10 Guldener, § 8, III; Walder, § 7 Rz 3; die Gerichte sind ausschliesslich in eigener Sache – unter Vorbehalt der Rechtsmittel – zur Entscheidung kompetent. Sie vermögen im Falle eigener Unzuständigkeit nicht bindend zu beurteilen, wo die Zuständigkeit tatsächlich liege.

11 Vgl. unten § 6. 2.2.

12 Es gibt insbesondere zwingende Gerichtsstandsbestimmungen. Sie haben dem Bundesrecht anzugehören, um die Begründung einer abweichenden örtlichen Zuständigkeit durch Vereinbarung oder Einlassung verhindern zu können (Walder, § 7 Rz 58).

13 Vgl. oben § 5. 1.4.

14 § 102 ZPO.

während die übrigen Prozessvoraussetzungen zur Zeit der Urteilsfällung erfüllt sein müssen¹⁵.

Die eigene Unzuständigkeit wird mittels Prozessurteil festgestellt; § 112 Abs. 1 ZPO verlangt die Überweisung an das zuständige¹⁶ Gericht, wodurch die Rechtshängigkeit aber nicht tangiert wird¹⁷.

2) Hält sich allerdings ein Gericht fälschlicherweise für kompetent und beendet es den Prozess durch ein Sachurteil, kann dieses nach Ablauf der Rechtsmittelfristen dennoch in Rechtskraft erwachsen, ist also keineswegs nichtig¹⁸. So ist die nachträgliche Einrede der Unzuständigkeit im Vollstreckungsverfahren ausgeschlossen, es sei denn, die Vollstreckung finde ausserkantonale statt¹⁹.

15 Vgl. oben § 5. 1.3.

16 Beachte oben Anm. 9; die Überweisung erfolgt auf Antrag des Klägers, wenn das durch diesen bezeichnete Gericht nicht offensichtlich unzuständig ist; vgl. Sträuli/Messmer, § 112 Rz 5 f.

17 § 112 Abs. 3 ZPO; der Nichteintretens-Entscheid gemäss Regelungen älterer Zivilprozessordnungen verweist dagegen den Kläger noch einmal an den Anfang des Verfahrens (Walder, § 7 Rz 19).

18 Walder, § 7 Rz 12; Hess, S. 76. Gegen "jede unrichtige Entscheidung über eine Zuständigkeitsfrage" kann jedoch Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden (Sträuli/Messmer, § 281 Rz 17). Zur nachträglichen Einbringung der Einrede der Unzuständigkeit durch den Beklagten im Falle dessen völliger Passivität zuvor, vgl. Sträuli/Messmer, § 111 Rz 1.

19 Art. 81 Abs. 2 SchKG erlaubt im Rechtsöffnungsverfahren u.a. die Einrede der Unzuständigkeit. Das ausserkantonale Urteil (Rechtsöffnungstitel), welches unter Verletzung interkantonaler Gerichtsbarkeits-Kompetenzen erging, ist somit relativ nichtig (Hess, S. 77; Walder, § 7 Rz 12 ff., engt die Wirkung von Art. 81 Abs. 2 SchKG auf die örtliche Zuständigkeit ein und meldet generell Zweifel an (a.a.O., Anm. 14).

2. Örtliche Zuständigkeit

2.1. Begriff und Arten

1) Die Bestimmung, welchem von mehreren Gerichten gleicher Gattung, räumlich betrachtet, in bestimmter Sache Entscheidungskompetenz zukommt, ist Gegenstand der Gerichtsstandsordnung¹. Die gerichtsbezogene Komponente gibt keine eigentlichen Probleme auf, werden doch die räumlichen Wirkungskreise durch die politischen Grenzen definiert und voneinander abgetrennt². Das prozessspezifische Element, d.h. die tatsächliche Zuordnung des konkreten Streitfalles, lässt sich auf Grund besonderer räumlicher Bindungen der Parteien und/oder des Streitgegenstandes bestimmen. Die verschiedenartigen örtlichen Zuständigkeiten, auch Gerichtsstände³ genannt, lassen sich folgendermassen umschreiben:

2) Am Wohnsitz⁴ resp. am Sitz der beklagten Person befindet sich der allgemeine Gerichtsstand⁵, welcher grundsätzlich für alle Klagen zur Anwendung kommt, deren Beurteilung nicht ausdrücklich abweichend geregelt ist. Abweichungen in diesem Sinne stellen die besonderen Gerichtsstände dar, welche gemäss § 3 ff. ZPO für bestimmte Verfahren resp. Auseinandersetzungen zur Anwendung gelangen.

3) Unabhängig von dieser ersten Unterscheidung⁶ stehen einem Kläger bisweilen mehrere Gerichtsstände alternativ zur Verfügung. Es können bei-

1 Guldener, § 8 II. 1.; Hess, S. 70.

2 Vgl. z.B. § 4, 8, 14 und 26 GVG.

3 Kummer, § 14. 1.

4 Zur Bestimmung von Wohnsitz und Sitz greift die ZPO auf die Normierung in Art. 23 ff. und Art. 56 ZGB zurück (Sträuli/Messmer, § 2 Rz 2 und 12), wobei natürliche Personen notfalls am fiktiven Wohnsitz (Art. 24 Abs. 1 ZGB) oder subsidiär an ihrem Aufenthaltsort belangt werden können (Sträuli/Messmer, § 2 Rz 4). Für juristische Personen ist der Handelsregistereintrag massgebend (Sträuli/Messmer, § 2 Rz 12).

5 § 2 Abs. 1 ZPO.

6 § 3 ff. ZPO; Hess, S. 70 ff., nimmt stattdessen eine Unterteilung in objektive Gerichtsstände, welche personen- oder sachbezogen vorkommen, einerseits, und subjektive andererseits, vor. Ausschlaggebend ist dabei, ob eine räumliche Beziehung zum Gerichtsstand (objektiv) gegeben oder (subjektiv) herbeigeführt wird. Diese Gruppierung spielt allerdings deshalb nicht vorbehaltlos, weil beispielsweise eine subjektive Prorogation nur dann für ein Gericht beachtlich ist, wenn gewisse objektive Beziehungen des Falles zum räumlichen Wirkungskreis des Gerichtes vorliegen (§ 11 Abs. 2 ZPO; vgl. unten Anm. 15).

spielsweise Klagen aus einem Arbeitsverhältnis wahlweise am Wohnsitz des Beklagten oder am Betriebsort eingeleitet werden⁷. Steht demgegenüber einem Kläger nach Gesetz nur ein einziger, häufig der allgemeine, Gerichtsstand offen, ist von ausschliesslichem Forum⁸ die Rede. Erfolgt die Klageerhebung dennoch an einem anderen Ort, steht es im Belieben des Beklagten, sich mit der Einrede der Unzuständigkeit dagegen zur Wehr zu setzen⁹.

4) Vom ausschliesslichen wiederum gilt es den zwingenden Gerichtsstand abzugrenzen. Zwingend ist er dann, wenn nur er alleine sich dem Kläger anbietet und es den Parteien zudem verwehrt ist, eine Abweichung durch Vereinbarung oder vorbehaltlose Einlassung (des Beklagten) herbeizuführen. Viele Gerichtsstände sind ausschliesslicher, nur wenige hingegen auch zwingender Natur¹⁰, bedürfen zwingende Gerichtsstände doch einer Rechtfertigung in einem von der Rechtsordnung als höher eingestuften, qualifizierten öffentlichen Interesse¹¹ an der Durchsetzung materiellen Rechts einerseits, oder an besonderem Schutz einer Partei andererseits.

2.2. Prorogation und vorbehaltlose Einlassung

1) Gerichtsstands begründungen durch Parteivereinbarung, sog. Prorogation, oder durch vorbehaltlose Einlassung des Beklagten, sind bei Vorliegen sämtlicher nicht-zwingender Gerichtsstandsbestimmungen zulässig und erfreuen sich grosser Beliebtheit¹². Während sich ohnehin jede Einlassung naturge-

7 Art. 343 Abs. 1 OR (Anwendung denkbar im Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und dem Abwart).

8 In diesem Sinne ist z.B. Art. 538 ZGB (Forum am letzten Wohnsitz des Erblassers) zu verstehen.

9 Vgl. auch unten Anm. 10 a.E.

10 Die zürcherische ZPO kennt keine zwingenden Gerichtsstandsnormen mehr, welche deshalb ausschliesslich dem Bundesrecht zu entnehmen sind (Walder, § 7 Rz 58; vgl. oben § 6.1. Anm. 12).

Die Auseinanderhaltung von "ausschliesslich" und "zwingend" wird gelegentlich missachtet (Kistler, S. 9 Anm. 4). Kistler, a.a.O., führt am Beispiel von Art. 253 ZGB zudem aus, dass auf Grund der Definition des ausschliesslichen Forums auch zwingende, nicht-ausschliessliche Gerichtsstände vorkommen können. Abschliessend betont er allerdings, dass die Zulässigkeit von Prorogation oder Einlassung das wirklich essentielle Merkmal sei, welches das ausschliessliche vom zwingenden Forum unter- scheide.

11 Vgl. Sträuli/Messmer, § 11 Rz 3 f.; Guldener, § 9 BI 7a (S. 94).

12 Dies betrifft v.a. die Prorogation, den wohl wichtigsten der prozessualen Verträge (Walder, § 7 Rz 52).

mäss auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen muss, wird auch der Parteivereinbarung durch Art. 27 ZGB eine ähnliche Schranke gesetzt. Der umfassende, von einem bestimmten Rechtsverhältnis unabhängige Verzicht auf den Wohnsitzrichter "kann nach Art. 27 ZGB ungültig sein"¹³.

2) Prorogation bezieht sich auf den Gerichtsstand¹⁴. Unter gewissen Voraussetzungen sind ihr weder interkantonale noch internationale Schranken gesetzt. Da sie aber immerhin, vorbehältlich bloss innerkantonaler Geltung, mindestens für eine der Parteien einen Verzicht auf den verfassungsmässig garantierten Wohnsitzrichter (Art. 59 BV) impliziert, unterliegt sie strengen Vorschriften^{15,16}.

3) Vorbehaltlose Einlassung der beklagten Partei vermag erst im Hauptverfahren einen Gerichtsstand zu begründen. Sie hat unmissverständlich und vorbehaltlos den Willen wiederzugeben, über die Hauptsache verhandeln zu wollen¹⁷.

13 Sträuli/Messmer, § 11 Rz 6 mit Verweis auf die BGer-Praxis; Guldener, § 9 B I 7 (S. 95 f.).

14 Guldener, § 9 I 7. Nach abweichender Ansicht Kistlers, S. 23 und S. 25 Anm. 3, erstreckt sich die Prorogation auf die gerichtliche Zuständigkeit allgemein, einschliesslich der sachlichen und funktionellen Kompetenzen.

15 Die Garantie aus Art. 59 BV und die mit ihr verbundenen Anforderungen an eine gültige Prorogation sind davon unabhängig, dass ein Richter nur bei ausreichender Beziehung zumindest einer Partei zum Kanton Zürich am prorogierten Forum auf die Klage einzutreten braucht (§ 11 Abs. 2 ZPO; vgl. oben Anm. 6).

16 Extensiv die Ausführungen dazu in BGE 104 Ia 278 ff. Zwar genügt bloss Schriftlichkeit den Formerfordernissen, doch ist die ausdrückliche Klausel im Text graphisch hervorzuheben. Die geschäftliche Unerfahrenheit einer Partei kann die andere darüber hinaus sogar zur weiteren Aufklärung verpflichten (Vertrauensprinzip; vgl. Walder, § 7 Rz 60). Ungeklärt ist die Frage, ob ein bloss innerkantonal wirksamer Verzicht auf den Wohnsitzrichter analogen Anforderungen unterworfen ist (vgl. SJZ 69 (1973) S. 29 betr. Praxis in St. Gallen und Graubünden). M.E. ist dies zu bejahen.

17 Sträuli/Messmer § 12 Rz 1 ff.; davon abzugrenzen ist die bloss Passivität des Beklagten, welche keinen Rechtsverlust zur Folge hat (Sträuli/Messmer, § 111 Rz 1).

2.3. Bedeutung im Stockwerkeigentumsrecht

2.3.1. Gemeinschaft

2.3.1.1. Allgemeines

1) Trotz beschränkter Rechts- und Handlungsfähigkeit wird die Gemeinschaft weder im Handelsregister eingetragen, noch verfügt sie über eigene Statuten¹⁸. Die gewöhnliche Anknüpfung für ein Forum als Körperschaft¹⁹ könnte somit mangels Bestimmbarkeit eines Sitzes schwerlich stattfinden.

Art. 712I Abs. 2 ZGB bereinigt die Unsicherheit, indem der allgemeine Gerichtsstand²⁰ der Gemeinschaft am Ort der gelegenen Sache festgelegt wird. Dies ist die folgerichtige Konsequenz aus der Gewährung eigener, passiver Partei- und Prozessfähigkeit²¹.

2) Prorogation sowohl als auch vorbehaltlose Einlassung stehen der Gemeinschaft unter den gewöhnlichen Bedingungen offen. Dies gilt für das Aussenverhältnis und das Innenverhältnis.

2.3.1.2. Innenverhältnis

1) Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinschaft liegt im Innenverhältnis am Ort der gelegenen Sache. Sämtliche Klagen von Stockwerkeigentümern gegen die Gemeinschaft sind deshalb an jenem Orte anzubringen. Weniger

18 Dem Reglement als Nutzungs- und Verwaltungsordnung kommt durchaus zentrale Bedeutung zu. Dennoch ist es mit Statuten einer normalen juristischen Person nicht vergleichbar, stellt es doch insbesondere keine Entstehungsvoraussetzung dar, wie dies bei Statuten der Fall ist (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2. 5. und § 12. V. 1a).

19 Vgl. oben Anm. 4.

20 Es ist ohne Bedeutung, dass am Ort der gelegenen Sache auch ein besonderer Gerichtsstand gemäss § 6 ZPO liegt. Art. 712I Abs. 2 ZGB fixiert den allgemeinen Gerichtsstand, an welchem die Gemeinschaft praktisch mit allen Klagen belangt werden kann.

21 Friedrich, Regl. § 57 Rz 11 a.E.

einheitlich präsentiert sich die Situation bei vertauschten Rollen: Vorbehaltlich besonderer, gesetzlicher Regelung in einzelnen Fällen, steht den Stockwerkeigentümern ihr individueller allgemeiner Gerichtsstand zu, welcher, namentlich bei Ferienwohnungen, auch ausserkantonal oder gar im Ausland gelegen sein kann.

2) Die Prorogation im Innenverhältnis, d.h. bezüglich Streitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und Stockwerkeigentümern resp. zwischen Stockwerkeigentümern untereinander, ist zulässig. Sie weist hinsichtlich ihrer Entstehung eine Eigentümlichkeit auf. Analog zur Satzung einer juristischen Person²² muss m.E. auch das Reglement der Gemeinschaft erlaubtes Mittel sein, ein bestimmtes Forum wirksam festzulegen. Was für juristische Personen gilt, nämlich die Gleichsetzung von Statutenregelung und schriftlichem Vertrag sowie die Verbindlichkeit der Bestimmung auch hinsichtlich des Gerichtsstandes für die Gesellschafter ohne schriftliche Beitrittserklärung²³, kann auch auf die Stockwerkeigentums-Verhältnisse übertragen werden. Nicht anders als die Satzung im Gesellschaftsrecht erlangt auch das Reglement automatisch Wirksamkeit gegenüber neuen Mitgliedern. Die realobligatorische Beziehung zwischen dem Miteigentumsanteil mit Sonderrecht und der Verwaltungs- und Nutzungsordnung der Gemeinschaft, in welche jeder Stockwerkeigentümer zwangsweise eintritt, zeitigt ausserdem die Wirkung, dass auch die spätere Reglementsänderung die Gemeinschaftler bindet²⁴.

3) Es liegt nahe und dient der Einfachheit, den Ort der gelegenen Sache reglementarisch zum allgemeingültigen Gerichtsstand zu bestimmen²⁵. Diese Lösung stellt für die ausserkantonalen Gemeinschaftler insoweit einen Verzicht auf ihren garantierten Wohnsitzrichter dar, als nicht ohnehin bundesrechtlich eine Abweichung von der allgemeinen Gerichtsstandsregel vorgese-

22 § 11 Abs. 1 ZPO.

23 Sträuli/Messmer, § 11 Rz 9.

24 Zu beachten gilt es hier, dass über Reglementsänderungen mit (qualifizierter) Mehrheit beschlossen wird (Art. 712g Abs. 3 ZGB), während ein GV-Beschluss betreffend einer entsprechenden Statutenänderung einer AG keiner besonderen Mehrheit bedarf (Art. 627 Ziff. 11 i.V.m. Art. 647f. OR).

25 Friedrich, Regl. § 57 Rz 14.

hen ist²⁶. Der umgekehrte Fall, die Wahl eines anderen Forums²⁷ unter Verzicht der Gemeinschaft auf ihr allgemeines Forum, erscheint als wohl erlaubt, aber praktisch nicht relevant.

4) Fehlen reglementarische Prorogationsvereinbarungen oder besondere gesetzliche Gerichtsstandsnormen, kann sich der auf Grund persönlicher Ansprachen eingeklagte Gemeinschaftler auf den gemäss Art. 59 BV garantierten Wohnsitzgerichtsstand berufen. Interkantonale unbestritten, ist die innerkantonale Anwendbarkeit dieses Grundsatzes bedauerlicherweise nicht klar geregelt²⁸, wäre aber zu begrüssen.

Keine generelle Antwort lässt sich auf die Frage erteilen, was unter "persönlichen Ansprachen" im Detail zu verstehen sei, weshalb diese Unklarheit im konkreten Einzelfall zu lösen ist²⁹.

2.3.1.3. Aussenverhältnis

1) Auch im Aussenverhältnis, d.h. im Rechtsverkehr der Gemeinschaft mit Dritten, hat der allgemeine Gerichtsstand in Art. 712I Abs. 2 ZGB Gültigkeit. Es ist dabei insbesondere zu beachten, dass bei Streitigkeiten der Gemeinschaft allen Stockwerkeigentümern die Berufung auf ihr möglicherweise abweichendes, persönliches Forum verwehrt ist³⁰: Dies ist die Konsequenz aus der Bejahung eigener Rechtspersönlichkeit der Gemeinschaft, welche die Bildung einer unabhängigen, selbständigen Rechtssphäre impliziert.

Ebenso selbstverständlich ist die Tatsache, dass die Gemeinschaft als Klägerin den allgemeinen Gerichtsstand des beklagten Dritten zu beachten hat.

26 Für Beitragsforderungen, welche durchaus persönliche Ansprachen i.S. von Art. 59 BV darstellen, räumt Art. 712i Abs. 1 ZGB der Gemeinschaft ein Pfandrecht am betreffenden Anteil ein. Nach § 9 ZPO wird für damit zusammenhängende Klagen ein ausschliesslicher Gerichtsstand begründet; vgl. PKG 1977, S. 15 ff.

27 Denkbar wäre der gemeinsame Wohnort der Eigner von Ferien-Eigentumswohnungen.

28 Vgl. oben § 6. 2. Anm. 16.

29 Immerhin sind schon einige Präjudizien verfügbar. Insbesondere entschied das BGer in relativ grundsätzlicher Art, die Klage auf Ausschliessung eines Stockwerkeigentümers (Art. 649b ZGB) beinhalte keine persönliche Ansprache, weshalb sie, trotz Berufung des Beklagten auf Art. 59 BV, am Ort des gelegenen Sache zu behandeln sei (BGE 105 Ia 23 ff.).

30 Friedrich, Regl. § 57 Rz 11.

2) Im Verhältnis zu Dritten ist die Gemeinschaft ebenfalls frei, Gerichtsstände durch Prorogation oder Einlassung zu begründen. Bei der Vielzahl von Verträgen, deren Abschluss die Ausübung der Verwaltungstätigkeit mit sich bringt, kann es dadurch theoretisch zu einer grossen, unerwünschten Vielfalt auswärtiger Gerichtsstände der Gemeinschaft kommen, da ihre Vertragspartner häufig von vornherein mit Gerichtsstandsklauseln operieren. Die Folgen davon erweisen sich als einschneidender, je spezieller, häufig auch je umfangreicher und bedeutungsvoller die Verträge von ihrem Umfang her sind, da in solchen Fällen Vertragspartner meist nicht ortsansässige, sondern regional oder gar überregional tätige, grössere Unternehmungen sind.

3) Die Kompetenz, solche Gerichtsstandsklauseln gültig zu unterzeichnen, somit namens der Gemeinschaft möglicherweise auf den ordentlichen Gerichtsstand zu verzichten, liegt grundsätzlich bei der Versammlung der Stockwerkeigentümer³¹. Die Bestellung eines Verwalters durch die Gemeinschaft beinhaltet jedoch m.E. auch eine Kompetenzdelegation betreffend Prorogationsvereinbarungen. Eine andere Auffassung liesse sich jedenfalls angesichts der Alltäglichkeit solcher Abreden schlecht mit der zentralen Stellung des Verwalters vereinbaren, deren Charakteristik am ehesten mit jener des Prokuristen vergleichbar ist³².

4) Das Risiko der Gemeinschaft, auf Grund einer Prorogationsvereinbarung als beklagte Partei auswärts prozessieren zu müssen, wird indessen durch das ohnehin begrenzte Spektrum der Verwaltungshandlungen relativiert. Als Vertragspartner kommen praktisch ausschliesslich Handwerker und Unternehmer in Frage, welchen gemäss Art. 839 ff. ZGB ein Bauhandwerkerpfandrecht³³ zwecks Sicherung ihrer Forderungen aus Arbeitsleistung oder Materiallieferung zusteht. Die Durchsetzung erfolgt auf betriebsrechtlichem Weg, und für dahingehende Klagen steht wiederum der Gerichtsstand am Betreibungsort, d.h. am Ort der gelegenen Sache, zur Verfügung³⁴.

31 Art. 712m Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

32 Art. 712 t Abs. 1 ZGB; vgl. die kurze Gegenüberstellung der Prokura und der Handlungsvollmacht (Art. 459 und 462 OR) bei Weber, S. 465.

33 Vgl. Ottiker, S. 72 ff.

34 § 9 Abs. 1 ZPO.

5) Wurde mit einem Dritten (Kläger) keine Prorogationsvereinbarung getroffen, ist in erster Linie die Versammlung der Stockwerkeigentümer dazu kompetent, allenfalls auf den ordentlichen Gerichtsstand der Gemeinschaft zu verzichten und vorbehaltlose Einlassung an einem anderen Ort zu beschliessen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn ein Verwalter bestellt wurde. Erhielt der Verwalter indes, zusätzlich zu seinen sonstigen Aufgaben, das Recht der Prozessführung im ordentlichen Verfahren eingeräumt, muss diese Befugnis der vorbehaltlosen Einlassung in einen Streit am "falschen" Gerichtsstand als in dieser Ermächtigung enthalten betrachtet werden³⁵.

2.3.2. Stockwerkeigentümer

1) Hinsichtlich der Gerichtsstandsregelung ergeben sich aus der Eigenschaft, Stockwerkeigentümer zu sein, keine Besonderheiten. Jeder Gemeinschaftser, sei er natürliche oder juristische Person, hat seinen ordentlichen Gerichtsstand, welcher ihm auch als "gewöhnlicher" Grundeigentümer zustünde³⁶. Im Rechtsverkehr mit der Gemeinschaft kann er sich auf diesen insoweit berufen, als nicht Gesetz oder Reglementsbestimmungen³⁷ dem entgegenstehen, womit auch gesagt ist, dass jeder Stockwerkeigentümer zum Abschluss von Prorogationsverträgen und zur gültigen vorbehaltlosen Einlassung in einen Prozess an besonderem Orte berechtigt ist.

2) Im Streit mit Dritten gelten die gewöhnlichen Gesetzmässigkeiten. Der Unterschied zwischen einem Stockwerk- und einem Alleineigentümer liegt nicht in der örtlichen Zuständigkeit, sondern vielmehr im Umstand verborgen, dass der Stockwerkeigentümer einen beträchtlichen Teil seiner Kompetenzen im Aussenverhältnis gesetzlich der Gemeinschaft überlassen muss, sein persönliches Forum m.a.W. inhaltlich von geringer Bedeutung ist.

35 Auch in der gesetzlichen Befugnis des Verwalters zur Prozessführung im summarischen Verfahren ist die Kompetenz zur Einlassung i.S. § 12 ZPO nicht enthalten.

36 Stolz, S. 73 ff.

37 Zur reglementarischen Prorogationsvereinbarung vgl. oben § 6. 2.3.1.2.

3. Sachliche Zuständigkeit

3.1. Begriff und Bestimmung

1) Ist eine Auseinandersetzung örtlich angeknüpft, ist an jenem Forum das sachlich zuständige Gericht erster Instanz zu bestimmen. Die sachliche Zuständigkeit stellt dabei die Verbindung zwischen dem Streit und dem sachlichen Kompetenzbereich eines ordentlichen Gerichts oder eines Sondergerichts her¹.

Die Zuordnung beurteilt sich in erster Linie nach dem Realprinzip². Streitwert und Rechtsnatur des Streitgegenstandes³ bilden dessen Elemente, welche ausnahmsweise auch in Kombination mit einem persönlichen Element zur Anwendung kommen können⁴.

2) Im Unterschied zur örtlichen Zuständigkeit wird der Grundsatz der "perpetuatio fori" hier nicht immer hochgehalten. Die einmal begründete sachliche Kompetenz eines Gerichtes fällt beispielsweise im Falle der Veränderung des Streitwertes — aus dem Zuständigkeitsbereich der betreffenden Instanz hinaus — dahin. In solchen Fällen hat eine Überweisung des Streitfalles von Amtes wegen an die nunmehr zuständige Stelle zu erfolgen⁵.

3.2. Bedeutung im Stockwerkeigentumsrecht

1) Von Interesse ist die Frage nach der Möglichkeit der Gemeinschaft, auf Grund ihrer, in gewissen Grenzen zu bejahenden, Körperschaftlichkeit an das Handelsgericht zu gelangen. § 62 f. GVG umreisst die Zuständigkeit des

1 Kummer, § 13. 3: "Die Regeln der sachlichen Zuständigkeit bestimmen, welches der mehreren verschieden organisierten Gerichte ein und desselben Gerichtsbezirkes in erster Instanz zuständig ist (...)."

2 Brändli, S. 18 ff.

3 Kummer, § 13. 3., nennt als Beispiel die Geldforderung im Gegensatz zum Scheidungsanspruch.

4 Vgl. oben § 6. 1. Anm. 7. Die persönlichen Voraussetzungen der Parteien vermögen nur selten den Ausschlag zu geben.

5 § 60 Abs. 1 2. Satz ZPO (Widerklage); Walder, § 7 Rz 76.

Handelsgerichts als nicht zwingend⁶. Sie ist aber auch nicht abgeschlossen⁷, was abweichende Gerichtsstands begründungen auf Grund von Parteiinitiative zu Gunsten und zu Ungunsten des Handelsgerichts erlaubt⁸.

Die Gemeinschaft ist allerdings der Eintragung im Handelsregister nicht fähig. Sie unterscheidet sich diesbezüglich nicht von der natürlichen Person, welcher das Recht zusteht, unter gewissen Voraussetzungen, welche auf seiten der beklagten Partei vorliegen müssen, an das Handelsgericht zu gelangen (§ 63 GVG). Eine weitergehende Beanspruchung der handelsgerichtlichen Rechtsprechung kommt dagegen nicht in Frage.

2) Auch hinsichtlich anderer Aspekte der sachlichen Zuständigkeit ergeben sich im Stockwerkeigentumsrecht keine Besonderheiten. Das gilt namentlich für Streitigkeiten der Gemeinschaft aus Arbeits- oder Mietverhältnissen im gemeinschaftlichen Verwaltungsbereich: Sie werden vor den hierfür zur Verfügung stehenden Spezialgerichten ausgetragen.

6 Walder, § 5 Rz 48.

7 Im Unterschied zum Bereich des zwingenden § 61 GVG.

8 § 63 und 64 GVG.

§ 7 NEBENINTERVENTION

1. Allgemeines

1.1. Begriff und Bedeutung

1) Hat ein Dritter ein rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei in einem rechtshängigen Prozess, so kann er diese Partei freiwillig auf dem Wege der Nebenintervention unterstützen¹.

2) Das Institut der Nebenintervention ist im Umfeld des Zweiparteien-Prinzips des Zivilprozesses zu betrachten². Eine zivilprozessuale Auseinandersetzung zwischen mehr als zwei Hauptparteien ist ausgeschlossen, und seien auf beiden Seiten auch mehrere Personen als Streitgenossen an dem Streit beteiligt. Verwischen sich die Fronten dennoch, ist der Prozess gegebenenfalls zu entflechten und in mehrere Verfahren zwischen jeweils wieder zwei (Haupt-) Parteien aufzuteilen³.

In dieser Hinsicht ist jedes (streitige⁴) Verfahren vor Zivilgericht formell in sich abgeschlossen: Die einander gegenüberstehenden Hauptparteien sind Träger sämtlicher prozessualer Rechte und Pflichten und letzten Endes einzige Adressaten des Urteils. Doch die Tatsache, dass ein Urteil, über die auf die Parteien beschränkte Rechtskraft hinaus, bisweilen auch in weiterem Umfeld Wirkung erzielt⁵, rechtfertigt unter gewissen Voraussetzungen die Beteiligung Dritter, sog. Nebenparteien⁶, am Prozess. Es wird ihnen die Möglichkeit eingeräumt, in einem an sich fremden Prozess zwecks Wahrung eigener

1 § 44 Abs. 1 ZPO.

2 Ottomann, S. 73; Staehelin, S. 2.

3 So im Falle einer Hauptintervention (Walder, § 1 Rz 9 und § 12), welche zu einer neuen Gruppierung der Beteiligten führt: Die beiden Parteien des Erstprozesses kommen dabei in Streitgenossenschaft dem Hauptintervenienten gegenüberzustehen.

4 Das nicht-streitige Verfahren, auch freiwillige Gerichtsbarkeit genannt, gleicht denn auch eher einem Verwaltungsverfahren, da nur eine einzige Partei der gerichtlichen Instanz gegenübertritt.

5 Der allgemeine Unterschied zwischen Rechtskraft und Urteilswirkung wird bei Liebmann, S. 457 f., treffend umschrieben.

6 Vogel, Hans, S. 7.

Rechte eine Partei zu unterstützen. Erfolgt dies auf Initiative des Dritten selbst, liegt Nebenintervention vor, auf deren Voraussetzungen im folgenden Abschnitt einzugehen sein wird⁷.

3) Die Bedeutung der Nebenintervention liegt u.a. in der Prozessökonomie und der Rechtssicherheit⁸. Obsiegt die unterstützte Partei, wird ein seitens des Intervenienten befürchteter Zweitprozess überflüssig. Unterliegt sie hingegen, ist auf Grund der Erstreckung der Urteilstwirkungen auf den Intervenienten jedenfalls sichergestellt, dass in einem allfälligen Zweitprozess zwischen dem Intervenienten und dem Intervenienten ein mit dem Erst-Urteil konformer Entscheid gefällt wird⁹.

1.2. Voraussetzungen¹⁰

1) Erforderlich sind u.a. Partei- und Prozessfähigkeit des Intervenienten. Ausserdem muss sich die Intervention auf einen bereits hängigen Rechtsstreit zwischen anderen Parteien beziehen, an dessen Ausgang der Nebenintervent ein rechtliches Interesse hat. Auf diese speziellen Bedingungen sei im folgenden eingegangen.

2) Rechtshängigkeit tritt erst mit Einreichung der Weisung, oder mit der schriftlichen (direkten) Klageeinleitung beim Gericht, ein¹¹. Sie dauert

7 Kommt die Initiative hingegen von einer Partei, welche die Unterstützung in ihrem Prozess durch Dritte erwünscht, liegt Streitverkündung vor. Der Dritte wird zur Unterstützung als Nebenintervenient aufgefordert, was gegenüber der eigentlichen Nebenintervention infolge anderer Interessenlage unter weniger strengen Voraussetzungen zulässig ist. Nicht erforderlich ist namentlich die Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses durch den Dritten, vgl. § 44 Abs. 1 und § 47 Abs. 1 ZPO (vgl. unten § 7. 1.2.).

8 Staehelin, S. 44.

9 Guldener, § 35 II 1a).

10 Geiger, S. 138 ff.; Staehelin, S. 45 ff.; Walder, § 13 Rz 2 und 13.

11 § 102 ff. ZPO; Walder, § 27 Rz 3 ff.; Nebenintervention bereits im Sühnverfahren ist ausgeschlossen (Walder, § 13 Anm. 5).

grundsätzlich bis zu dem Moment, da die Entscheidung des Streites rechtskräftig wird¹². Die Art des Verfahrens ist ohne Bedeutung¹³.

3) Der Prozess muss zwischen anderen Personen rechtshängig sein, damit der Dritte als Aussenstehender eingreifen kann¹⁴. Diese Bedingung kann gerade dann zu Problemen führen, wenn die Rechtspersönlichkeit der Parteien oder des Nebenintervenienten nicht restlos feststeht^{15, 16}.

4) Das schillerndste Kriterium bildet zweifellos das rechtliche Interesse des Dritten. Es handelt sich dabei um eine Schutzvorschrift, welche verhindern soll, dass Aussenstehende als Intervenienten aus blosser Neugier oder nur aus tatsächlichem, ökonomischem Interesse Einblick in ein Verfahren erhalten können¹⁷. Eine allgemeingültige Definition des Begriffes fehlt.

Die Qualifizierung des Drittinteresses als rechtliches beruht im wesentlichen darauf, dass Bestand oder Nichtbestand von Rechten und Verbindlichkeiten des Dritten vom Ausgang des Hauptprozesses unmittelbar oder mittelbar abhängen¹⁸. Erscheint die Rechtsstellung des Dritten gegenüber der zu unterstützenden Partei oder deren Gegnerschaft durch den Prozessausgang zumindest gefährdet, kann i.d.R. bereits von einem rechtlichen Interesse gesprochen werden¹⁹.

12 Die strikte Anwendung dieser Regel verunmöglichte es einem Dritten, als Nebenintervenient in einer rechtskräftig entschiedenen Streitsache ein ausserordentliches Rechtsmittel zu ergreifen. Diese unbefriedigende Konsequenz veranlasste Guldener, § 35. II. 2., die Nebenintervention so lange zuzulassen, "als die Hauptpartei zur Prozessführung berechtigt ist". Diese Ansicht teilt auch Walder, § 13 Anm. 5, wogegen Staehelin, S. 72, die Einschränkung anbringt, ein ausserordentliches Rechtsmittel könne nur ergreifen, wer schon bei Rechtshängigkeit des Verfahrens als Nebenintervenient aufgetreten sei.

13 Zur Nebenintervention im summarischen Verfahren, vgl. insbes. Geiger, S. 138 ff.

14 Interessant ist die Konsequenz in der Kontroverse um die zivilprozessuale Interpretation von Art. 168 ZGB. Die m.E. abzulehnende Ansicht Guldener (Prozessstandschaft des Ehemannes, vgl. oben § 5. 3. Anm. 46) bringt der Ehefrau immerhin den Vorteil, im Prozess, welchen ihr Mann als Partei führt, zur Nebenintervention grundsätzlich zugelassen zu sein. Zum neuen Eherecht, vgl. oben § 5. 3. Anm. 42.

15 Geiger, S. 140, weicht dieser Problematik aus. Er erledigt die Frage mit der Feststellung, eine Partei könne nicht gleichzeitig ihr eigener Nebenintervenient sein, ohne auf allenfalls unklar abgegrenzte Rechtspersönlichkeit einzugehen.

16 Zur Nebenintervention durch die Organe im Prozess einer AG, vgl. Ottomann, S. 82 f.

17 So die einheitliche Lehrmeinung, vgl. Guldener, § 35 Anm. 4; Geiger, S. 141.

18 Guldener, § 35 II 1a; Staehelin, S. 53 f.; Ottomann, S. 74; Walder, § 13 Rz 1.

19 Sträuli/Messmer, § 44 Rz 2.

1.3. Verhältnis des Nebenintervenienten zur unterstützten Partei und zum Prozess

1) Dem Nebenintervenienten kommt eine gegenüber der Hauptpartei untergeordnete Stellung zu²⁰. Trotz der Bezeichnung als "Nebenpartei" bleibt er Dritter: Zwar mit gleichen prozessualen Rechten ausgestattet wie die Hauptpartei, kann er nur unterstützend wirken; seine Einlegung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln bindet die Hauptpartei bloss vorbehaltlich ihres Widerspruchs. Seine der Hauptpartei widersprechenden Aussagen bleiben unberücksichtigt.

Über den Streitgegenstand kommt dem Intervenienten kein Verfügungsrecht zu, es sei denn, eine anderslautende Vereinbarung werde getroffen. Die selbständige Ergreifung von Rechtsmitteln, ausgenommen die Berufung an das Bundesgericht, ist dagegen zulässig — sie stellt sogar oft den eigentlichen Anlass einer Nebenintervention dar²¹.

2) Da ihm eine eigene Parteistellung nicht zukommt, bleibt der Nebenintervenient auf diejenigen Rechte und Pflichten verwiesen, welche in der Person der Hauptpartei entstehen. Sind sie gegenüber der Hauptpartei erloschen, gilt Gleiches auch für die Nebenpartei²². Die umfassende Abhängigkeit zeigt sich schliesslich darin, dass sich die materielle Rechtskraft des Urteils nicht auf den Nebenintervenienten erstreckt²³.

20 Vgl. zum Ganzen: Guldener, § 35 II. 4; Sträuli/Messmer, § 45 Rz 3; Staehelin, S. 69 ff.

21 Staehelin, S. 71; vgl. dazu oben Anm. 12.

22 Diese Akzessorietät äussert sich vielerorts. Gesetzliche Ausgestaltung findet sie v.a. durch die Vorschrift, dass der Nebenintervenient den Prozess so aufnimmt, wie er ihn vorfindet (§ 45 Abs. 1 ZPO).

23 Guldener, § 35 IX, S. 314.

2. Nebenintervention des Stockwerkeigentümers

2.1. Zugunsten der Gemeinschaft

2.1.1. Allgemeines

1) Die Partei- und Prozessfähigkeit der Gemeinschaft, basierend auf Rechts- und Handlungsfähigkeit, darf als gegeben betrachtet werden¹. Die Gemeinschaft ficht im Bereich ihrer Verwaltungstätigkeit allfällige Prozesse als selbständige Partei aus. Die Dritteigenschaft des Stockwerkeigentümers, wie dessen Partei- und Prozessfähigkeit Voraussetzung der Nebenintervention, steht somit fest.

2) Schwieriger ist es, die Frage nach dem rechtlichen Interesse des Stockwerkeigentümers am Obsiegen der Gemeinschaft zu beantworten. Letztere ist zwar in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt, doch wirkt sich dieser Umstand nicht in erster Linie auf qualitativer Ebene aus. Unter einer Zweckbindung, welche der extensiv ausgelegten Verwaltungskompetenz entspringt, sind Rechtsgeschäfte verschiedenster Art durchzuführen, sowohl im Innen-, wie auch im Aussenverhältnis.

Zu untersuchen gilt es, ob ein Stockwerkeigentümer aus seiner gesetzlich umschriebenen Stellung als solcher, v.a. aus seinem vorgegebenen Verhältnis zur Gemeinschaft heraus, ein rechtliches Interesse im beschriebenen Sinne vorzuweisen vermag²: Stehen ihm gewisse Rechte nur unter der Bedingung des Obsiegens der Gemeinschaft zu, oder drohen ihm im Falle des Unterliegens Regressklagen³? Hat er, so die sehr weite Auslegung des rechtlichen Interesses, vom Ausgang des Prozesses der Hauptpartei "eine rechtlich irgendwie nachteilige Beeinflussung der Rechtslage"⁴ zu erwarten?

1 Vgl. oben § 5. 4.1.

2 Auszuklammern sind hier die besonderen Rechtsverhältnisse, welche jeder Stockwerkeigentümer mit der Gemeinschaft im Aussenverhältnis eingehen kann. Zu denken ist dabei v.a. an Kauf-, Werkverträge und Aufträge, welche die Gemeinschaft angelegentlich ihrer Verwaltungstätigkeit (zufällig) mit Stockwerkeigentümern abschliesst. Letzere sind in diesen Fällen gleich wie aussenstehende Vertragspartner zu behandeln.

3 Sträuli/Messmer, § 44 Rz 1.

4 Ottomann, S. 74 f.

2.1.2. Prozess gegen Dritte

1) Das rechtliche Interesse des Stockwerkeigentümers und somit seine Berechtigung zur Nebenintervention ist grundsätzlich zu verneinen. Sieg oder Unterliegen der Gemeinschaft in zivilgerichtlichen Auseinandersetzungen mit Dritten haben für den Gemeinschaftler i.d.R. bloss finanzielle Auswirkungen, indem sich eine durch Urteil festgestellte Zahlungspflicht der Gemeinschaft im Falle ihrer Niederlage in Form von Beitragsforderungen gegen die Gemeinschaftler niederschlägt.

2) Dieser Schluss deckt sich auch mit der Rechtslage, welche bezüglich des Verhältnisses zwischen der Aktiengesellschaft und ihren Gesellschaftern als herrschend bezeichnet wird⁵. Das Interesse des Aktionärs am Prozessgewinn der AG betrifft weder Mitgliedschaftsrechte noch -pflichten, sondern beschränkt sich vorwiegend auf die umfangmässige Realisierung einer Gewinnbeteiligung. Es ist tatsächlicher, ökonomischer Natur und wird mitunter gar mit dem blossen Interesse eines Gläubigers am Prozesserfolg seines Schuldners verglichen⁶.

3) Im Unterschied zum Aktienrecht kennt das Stockwerkeigentumsrecht keine strikte Trennung zwischen den verschiedenen "Gewalten". Sind Geschäftsführung und Vertretung der AG (auch im Prozess) vom Aktionär im Prinzip völlig losgelöste, selbständige Kompetenzbereiche, werden die Stockwerkeigentümer in dieser Hinsicht, basierend auf ihrer eigentümlichen, personen-, sachen- und schuldrechtlichen Beziehung zur Gemeinschaft, mit gewissen Einflussmöglichkeiten ausgestattet. Ausdruck davon stellt insbesondere die merkwürdige Stellung des Verwalters dar, welche sich durch ihren vorwiegend ausführenden Charakter und einen beschränkten Wirkungskreis auszeichnet⁷.

5 Ottomann, S. 77 mit Verweisen auf die Literatur (a.a.O., Anm. 16); Staehelin, S. 55.

6 Ottomann, S. 77.

7 Friedrich, Reglement § 42 Rz 2, und Weber, S. 457, sprechen von Subordinationsverhältnis zur Gemeinschaft im Rahmen von Gesetz und Reglement. Zum Umfang der Vertretungsmacht: Friedrich, Reglement § 44 Rz 4 ff.

Der Verwalter ist nach einhelliger Auffassung der Lehre nicht Organ im juristischen Sinn. Die Haftung der Gemeinschaft für seine Handlungen bestimmt sich deshalb nicht gemäss Art. 55 ZGB, sondern nach Art. 101 OR (Friedrich, Reglement § 46 Rz 10 f.; vgl. auch Weber, S. 440 f.; vgl. oben § 5.5.4.2.2).

Den Stockwerkeigentümern stehen auf Grund ihrer übergeordneten Stellung ausreichend Möglichkeiten zur Verfügung, auf das Verhalten der Gemeinschaft resp. auf dasjenige von deren Vertreter einzuwirken. Dies ist, abgesehen vom fehlenden rechtlichen Interesse, ein weiterer Grund, den Stockwerkeigentümer im Streit der Gemeinschaft gegen Dritte zur Nebenintervention nicht zuzulassen.

4) Erwähnenswert ist die Differenzierung, gemäss welcher ausnahmsweise ein rechtliches Interesse des Gesellschafters am Obsiegen "seiner" juristischen Person gegen Dritte zu bejahen ist⁸. Ausschlaggebend ist dabei zu wissen, ob den Gesellschafter gegenüber Gesellschaftsgläubigern eine sekundäre, persönliche Haftung treffe oder nicht. Im Bejahungsfall soll ein rechtliches Interesse im beschriebenen Sinn gegeben, die Nebenintervention also zulässig sein, kann sich doch der Prozessausgang unmittelbar in Form direkter, subsidiärer Haftung des Gesellschafters neben dem Gesellschaftsvermögen niederschlagen. Gegensatz dazu bildet die Situation, in welcher sich Mitglieder einer juristischen Person befinden, welche allenfalls von Nachschusspflichten betroffen sind: Die Verbindlichkeit auf Nachschussleistung existiert ausschliesslich im internen Verhältnis, weswegen den Gesellschaftsgläubigern kein direkter Zugriff auf das Vermögen der Gesellschafter zukommt. Der Nachschusspflichtige habe deshalb kein rechtliches Interesse am Obsiegen der Gesellschaft, weil jener die Wahl offenstehe, ihre "finanzielle Unausgewogenheit mit anderen Mitteln zu decken (...)"⁹, sich m.a.W. die Nachschusspflicht nicht zwingend aktualisiere.

Obwohl nicht in lupenreiner Form, findet die rechtliche Ausgestaltung der Stockwerkeigentümergeinschaft im obigen Vergleich doch am ehesten bei der Gesellschaft mit Nachschusspflicht ihrer Mitglieder eine Parallele¹⁰. Zwar besteht im Stockwerkeigentumsrecht die angetönte Wahlfreiheit der Gemeinschaft nicht: Zur Äufnung des Vermögens, welches einziges Haftungssubstrat bildet, stehen praktisch ausschliesslich Beiträge der Stockwerkeigentümer zur Verfügung. Eine Prozessniederlage der Gemeinschaft wirkt sich aus diesem Grund stets auf die internen Verbindlichkeiten der Gemeinschaftler aus. Dessen ungeachtet ändert sich nichts an der Tatsache, dass das Unterliegen der

8 Staehelin, S. 56 f.

9 Staehelin, S. 57.

10 Vgl. Frei, S. 70, wo explizit von "Nachschuss- und Deckungspflicht" des Handels- und Vereinsrechts die Rede ist.

Gemeinschaft die Rechtsstellung des Gemeinschafters nicht berührt, sondern lediglich das Quantitativ der gesetzlichen Beitragsforderung bestimmt. Auch unter diesem Aspekt kann die Berechtigung zur Nebenintervention durch den Stockwerkeigentümer nicht als gegeben erachtet werden.

2.1.3. Prozess gegen andere Gemeinschafter

1) Auch in diesem Fall stellt das rechtliche Interesse des Intervenienten am Obsiegen der Gemeinschaft den entscheidenden Punkt dar. Es darf grundsätzlich dann bejaht werden, wenn Gestaltungsklagen Gegenstand des Streites darstellen, entfalten doch Gestaltungsurteile Wirkung gegenüber jedermann¹¹. Auch der am Prozess nicht direkt beteiligte Gemeinschafter kann von ihnen in rechtlich relevanter Weise betroffen sein.

2) Die Anfechtung eines Versammlungsbeschlusses¹² ist die am häufigsten genannte Gestaltungsklage, bei welcher die Nebenintervention von Gemeinschaftern zugunsten der Gemeinschaft denkbar ist¹³. Das richterliche Urteil wirkt unmittelbar gestaltend; im Falle der erfolgreichen Anfechtung fällt der betreffende Beschluss "ex tunc" dahin. Ein solcher Entscheid erlangt für alle Gemeinschafter gleiche Rechtskraft¹⁴, kann doch der fragliche Beschluss nur entweder für alle Betroffenen gelten oder aber dahinfallen.

Die "Gestaltungswirkung" eines die Anfechtung abweisenden Urteils erscheint dagegen atypisch. Die Rechtslage wird nicht geändert, sondern es wird der geltende Zustand, einschliesslich des angefochtenen Beschlusses, bestätigt. Die eigentliche, materielle Rechtskraft eines solchen Urteils erstreckt sich bloss auf die Prozessparteien, wogegen die Anfechtungsbefugnisse der übrigen Gemein- resp. Gesellschafter unberührt weiter bestehen bleiben¹⁵.

11 Staehelin, S. 54.

12 Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB; Friedrich, Reglement § 37, insbes. Rz 15; Ch. Müller, S. 107 f.

13 Vgl. Staehelin, S. 55 f.; Ottomann, S. 78 f.; Lüthi, S. 65.

14 Ottomann, S. 78.

15 Lüthi, S. 65.

3) Ein Stockwerkeigentümer bedient sich der Nebenintervention zugunsten der Gemeinschaft dann, wenn er ein rechtliches Interesse an der Aufrechterhaltung des umstrittenen Beschlusses hat. Solches Interesse ist in den Fällen stets gegeben, in welchen der Beschluss die Einräumung von Rechten (auch) an den Nebenintervenienten, oder aber dessen Befreiung von Pflichten, betraf. Verläuft die Anfechtung nämlich erfolgreich, würde die Rechtsbeziehung des Stockwerkeigentümers zur Gemeinschaft eine Veränderung erfahren, indem die zuerkannten Rechte resp. die Aufhebung von Pflichten oder Belastungen rückwirkend wieder dahinfielen.

2.2. Zugunsten eines oder mehrerer anderer Stockwerkeigentümer

2.2.1. Allgemeines

1) Gegenstand der folgenden Betrachtungen stellen auch im Falle der Unterstützung anderer Gemeinschafter nur diejenigen Rechtsstreitigkeiten dar, welche sich aus dem Stockwerkeigentumsrecht ergeben. Kann bezüglich der übrigen Voraussetzungen einer gültigen Nebenintervention auf die obigen Ausführungen verwiesen werden¹⁶, bedarf es hinsichtlich des rechtlichen Interesses am Prozessausgang folgender Ergänzung:

2) Wiederum in Anlehnung an das Gesellschafts-, insbesondere das Aktienrecht, ist die Nebenintervention in all jenen Fällen als zulässig zu betrachten, in welchen Intervent und Intervenient sich gegenüber der Gemeinschaft in gleicher Rechtslage befinden¹⁷.

Die Auffassungen in der Lehre sind uneinheitlich. Streng der Umschreibung des rechtlichen Interesses folgend¹⁸, müsste dieses in der Tat verneint werden. Das Interesse des Dritten ist in diesem Fall rein sachlicher Natur, eine echte Beeinflussung seiner Rechtsbeziehung zur Gemeinschaft findet in keiner Weise statt.

16 Vgl. oben § 7. 1.2.

17 Ottomann, S. 80 f.

18 Vgl. oben § 7. 1.2. und § 7. 2.1.1.

De facto allerdings liegt auch bei solcher Konstellation ein rechtliches Interesse eines Stockwerkeigentümers am Obsiegen eines anderen vor, ist doch die präjudizielle Wirkung des Urteils von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Voraussetzung der Bejahung des rechtlichen Interesses ist, dass "es im Prozess zwischen Intervenient und Gegner der Hauptpartei dieselbe Rechts- und Sachlage zu beurteilen gilt und (...) hiefür dasselbe Gericht zur Entscheidung zuständig ist"¹⁹.

2.2.2. Prozess gegen die Gemeinschaft

1) Es liegt in der Kompetenz des Verwalters, die anfallenden Kosten unter die Stockwerkeigentümer aufzuteilen und entsprechend Rechnung zu stellen²⁰. Mit Blick auf den zwingenden²¹ Vorbehalt in Art. 712h Abs. 3 ZGB, welcher besagt, dass Minder- oder Mehrbenutzung gewisser gemeinschaftlicher Bauteile sich in der Kostenverteilung niederzuschlagen haben, sind Unstimmigkeiten nicht auszuschliessen. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, dass nicht nur ein einziger Gemeinschafter benachteiligt wird, sondern dass sich mehrere in genau der gleichen Situation befinden. Wird gegen die eine Partei ein ungünstiges Urteil gefällt, erschwert sich die Rechtslage der übrigen Stockwerkeigentümer auf Grund der faktischen Urteilswirkungen²². Dies rechtfertigte die Annahme ihres rechtlichen Interesses an der Nebenintervention.

Als Passivlegitimierte kommt diesfalls einzig die Gemeinschaft in Frage. Die Frage der internen Kostenauflegung gehört zur gemeinschaftlichen Verwaltung, der Verwalter handelt lediglich als Vollzugsorgan der Gemeinschaft. Allerdings ist im ZGB kein Rechtsmittel vorgesehen, um eine rechtswidrige Verfügung des Verwalters gerichtlich beurteilen zu lassen²³. Es fehlt m.a.W. an der Zuständigkeit der Gerichte und somit an einer Prozessvoraussetzung. Das Problem der zivilprozessualen Nebenintervention gegen Verfügungen des

19 Ottomann, S. 81; vgl. auch Staehelin, S. 56.

20 Art. 712s Abs. 2 ZGB.

21 Friedrich, Regl. § 18 Rz 10; Weber, Minderheitenschutz S. 154.

22 Zu denken ist etwa an die mehreren Parterrewohnungen, welchen die Lift-Betriebskosten zum gleichen Ansatz wie der Attikawohnung belastet werden.

23 Friedrich, Regl. § 46 Rz 1.

Verwalters aktualisiert sich deshalb höchstens auf dem Umweg über die Anfechtung eines Versammlungsbeschlusses²⁴.

2) Vergleichbar mit den oben²⁵ bereits dargestellten Verhältnissen ist es auch durchaus möglich, dass einem Stockwerkeigentümer ein rechtliches Interesse am Ausgang eines Anfechtungsprozesses zugunsten eines streitbaren Mit-Gemeinschafters zukommt. Ein rechtliches Interesse an der Ungültigerklärung eines Versammlungsbeschlusses also.

Voraussetzung, bei deren Erfüllung die Unterstützung als Nebenpartei zulässig erscheint, bilden auch hier die völlig gleichgelagerten Rechtsverhältnisse des Nebenintervenienten und der Hauptpartei gegenüber der Gemeinschaft. Der angefochtene Beschluss darf nicht nur das eine Verhältnis zur Hauptpartei beinhalten, sondern muss auf identische Art weitere Stockwerkeigentümer betreffen²⁶.

3) Rein theoretisch ist auch im Ausschlussverfahren gegen einen Stockwerkeigentümer resp. eine an dessen Einheit dinglich berechnigte Person²⁷ die Nebenintervention eines anderen Gemeinschafters denkbar. Ihre Zulassung wird aber wohl immer daran scheitern, dass der "Nebenintervenient" kein rechtliches Interesse am Ausbleiben der Ausschliessung nachzuweisen vermag. Auch die bis ins Detail gleichen Situationen von Hauptpartei und "Nebenintervenient" werden sich kaum belegen lassen.

24 Vorauszusetzen ist in diesem Falle ein reglementiertes internes Rechtsmittel, welches der Versammlung Entscheidungskompetenz zuerkennt (Friedrich, Regl. § 46).

25 Vgl. oben § 7. 2.1.3.

26 Es bietet sich folgendes Beispiel an: Den Eignern der Parterrewohnungen werden reglementarisch Gartensitzplätze zur Sondernutzung zugeteilt. Ein späterer Beschluss des Inhaltes, dass infolge übermässiger Geruch- und Rauchimmissionen das Grillieren im Freien an Wochentagen verboten sein soll, betrifft grundsätzlich alle Sondernutzungsberechtigten in gleichem Masse.

27 Friedrich, Regl. § 52.

Lebenslauf

- 1957 16. Januar, Geburt in Männedorf/ZH.
Jugend einschliesslich Primarschule in Stäfa/ZH.
- 1976 Maturität Typ B, Literargymnasium Rämibühl, Zürich.
- 1977–83 Studium an der Rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich, Abschluss mit Lizentiat.
- 1984–86 Substitut in Rechtsanwaltsbüro
- 1986–87 Auditor und Gerichtssekretär am Bezirksgericht Zürich

(Frühling 1987: Abschluss der reaktionellen Bearbeitung
des vorliegenden Themas.)

